تقييد المباح ومدى الإلزام به
في فقه الأحوال الشخصية

دراسة تأصيلية تطبيقية

إعداد

أحمد عبدالله أحمد أبومزيريق

إشراف

الدكتور : محمد فالح مطلق بني صالح

حقل التخصص

الفقه الإسلامي وأصوله

١٤٣٢هـ /٢٠١١م

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

لجنة المناقشة

تقييد المباح ومدى الإلزام به في فقه الأحوال الشخصية

دراسة تأصيلية تطبيقية

إعداد

أحمد عبدالله أحمد أبومزيريق

بكالوريس شريعة ، الجامعة الأسمرية للعلوم الإسلامية ، ليبيا ، ٢٠٠٥م .

قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في تخصص الفقه وأصوله في جامعة اليرموك ، إربد ، الأردن .

لجنة المناقشة

محمد فالح بني صالح .....رئيساً

أستاذ مشارك في الفقه ، جامعة اليرموك

محمد عقلة الإبراهيم .....عضواً

أستاذ في الفقه المقارن ، جامعة اليرموك

عبدالرؤوف مفضي خرابشة .....عضواً

أستاذ في أصول الفقه ، جامعة اليرموك

محمد زهير عبدالله المحمد ..... عضواً

أستاذ مشارك في الحديث الشريف وعلومه ، جامعة اليرموك

تاريخ المناقشة :١٨/ربيع الثاني/١٤٣٢هـ ــ ٢٠١١/٠٣/٢٣م .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

© Arabic Digital Library-Yarmouk University

الإهداء

إلى شهداء ليبيا

إلى الذين بذلوا دماءهم الزكيّة في سبيل اللّه

إلى أحفاد رمضان السويحلي وعمر المختار

إلى جميع الذين قالوا كفى ظلماً وطغياناً

إلى الأهل في ليبيا

أهديكم هذا العمل المتواضع

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

الشكر والتقدير

بعد حمد الله تعالى على نعمائه ، وشكره على آلائه ، أتقدّم بالشكر الجزيل والثناء الجميل إلى شيخي فضيلة الدكتور محمد فالح بني صالح ، الذي تفضّل بالإشراف على هذه الرسالة ، وحباني باهتمامه وإرشاده ، أشكره على ما قدّم وبذل ، وأسأل الله العليّ القدير أن يجزيه خير الجزاء ، وأن يجعل ذلك في ميزان حسناته .

وأثنّي بالشكر والتقدير لمشرفي السابق الدكتور آدم نوح القضاة ، الذي حالت ظروف سفره دون إتمام إشرافه على هذه الرسالة ، فله مني جزيل الشكر والتقدير .

كما أتقدّم بالشكر للأساتذة الأفاضل أعضاء لجنة المناقشة ، الأستاذ الدكتور محمد عقلة الإبراهيم ، والأستاذ الدكتور عبدالرؤوف مفضي خرابشة ، والدكتور محمد زهير عبدالله المحمد ، الذين تكرّموا بقبول مناقشة هذه الأطروحة ، وتفضّلوا بتصويبها وإبداء الملاحظات عليها .

كما أتوجّه بالشكر الجزيل لجامعة اليرموك ، مُمثّلة في كلية الشريعة التي احتضنتني خلال دراستي في مرحلة الماجستير ، وأخصّ بالشكر الأساتذة الأفاضل الذين كان لي شرف التلمذة على أيديهم ، والذين كان لحسن معاملتهم وكرم أخلاقهم أثر كبير في تخفيف آلام الغربة عن الوطن والأهل .

كما لا أنسى أن أشكر كل من مدّ لي يد العون والمساعدة في إتمام هذا البحث ، وإخراج هذه الرسالة بصورتها النهائية .

فجزى الله تعالى الجميع خيراً ، سائلاً المولى عزّ وجلّ أن يبارك في علمهم وعملهم ، وأن يحفظهم ويمتّعهم بالصحة والعافية ، إنه سميع مجيب .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

© Arabic Digital Library-Yarmouk University

المحتوى

الموضوع	الصفحة
عنوان الرسالة.....	أ
لجنة المناقشة.....	ب
الإهداء.....	ج
الشكر والتقدير.....	د
المحتوى.....	هـ
الملخص	ط
المقدمة	١
المبحث التمهيدي: المباح في الشريعة الإسلامية.....	١٤
المطلب الأول: تعريف المباح.....	١٥
الفرع الأول: تعريف المباح لغة واصطلاحا.....	١٥
الفرع الثاني: العلاقة بين المباح وبعض الحقائق الشرعية	١٩
المطلب الثاني: أساليب المباح	٢٣
المطلب الثالث: أقسام المباح	٣١
المطلب الرابع: آثار المباح ومقاصده	٣٩
الفصل الأول: التأصيل الشرعي لتقييد المباح في الأحوال الشخصية	٤٣
تمهيد: مصادر تقييد المباح في مسائل الأحوال الشخصية	٤٤
المبحث الأول: سلطة ولي الأمر في تقييد المباح في الأحوال الشخصية	٤٨
المطلب الأول: سلطات ولي الأمر	٤٩

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

الفرع الأول: التعريف بولي الأمر ٤٩
الفرع الثاني: واجبات ولي الأمر وسلطاته ٥١
المطلب الثاني: حقيقة تقييد المباح ٦٦
المطلب الثالث: التعريف بالأحوال الشخصية..... ٧٠
المبحث الثاني: مشروعية تقييد المباح ٧٨
المطلب الأول: حكم تقييد ولي الأمر للمباح ٧٩
آراء الفقهاء وأدلتهم في تقييد ولي الأمر للمباح ٧٩
المطلب الثاني: القواعد الشرعية وأثرها في تقييد المباح ١٠١
المطلب الثالث: ضوابط تقييد المباح ١١٦
المبحث الثالث: الإلزام بتقييد المباح ١٣١
المطلب الأول: المقصود بالإلزام بتقييد المباح ١٣٢
المطلب الثاني: حكم الإلزام بتقييد المباح ١٣٧
المطلب الثالث: مخالفة الإلزام وأثرها ١٤٢
الفصل الثاني:الدراسة التطبيقية لتقييد المباح والإلزام به في فقه الأحوال الشخصية .. ١٥٤
المبحث الأول: تقييد المباح في عقد الزواج وآثاره ١٥٥
المطلب الأول: تحديد أهلية الزواج بالسن ١٥٦
الفرع الأول: الموقف الفقهي والقانوني من تحديد أهلية الزواج بالسن ١٥٧
الفرع الثاني: أسباب تحديد سن الزواج ومناقشتها ١٦٢
المطلب الثاني: توثيق عقد الزواج ١٧٠
الفرع الأول: الموقف الفقهي والقانوني من توثيق عقد الزواج ١٧١

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

الفرع الثاني: أسباب توثيق عقد الزواج وعقوبة عدم التوثيق ١٧٣
المطلب الثالث: الإلزام بالفحص الطبي قبل الزواج ١٧٧
الفرع الأول: الموقف الفقهي والقانوني من الفحص الطبي قبل الزواج ١٧٨
الفرع الثاني: مصالح الفحص الطبي قبل الزواج ومفاسده ١٨٠
المطلب الرابع: تحديد الحد الأعلى للمهر ١٨٥
الفرع الأول: الموقف الفقهي والقانوني من تحديد الحد الأعلى للمهر ١٨٦
الفرع الثاني: أدلة جواز تحديد الحد الأعلى للمهر ومناقشتها ١٨٩
المطلب الخامس: تقييد تعدد الزوجات ١٩٩
الفرع الأول: الموقف الشرعي من تعدد الزوجات ١٩٩
الفرع الثاني: موقف قوانين الأحوال الشخصية من تعدد الزوجات ٢٠٣
المبحث الثاني: تقييد المباح في الطلاق وآثاره ٢١٤
تمهيد ٢١٥
المطلب الأول : تقييد الطلاق بإذن القاضي ٢١٨
الفرع الأول: الموقف الفقهي والقانوني من تقييد الطلاق بإذن القاضي ٢١٩
الفرع الثاني: أسباب تقييد إباحة الطلاق بإذن القاضي ومناقشتها ٢٢٢
المطلب الثاني: توثيق الطلاق ٢٢٨
الفرع الأول: الموقف الفقهي والقانوني من توثيق الطلاق ٢٢٩
الفرع الثاني: أسباب الإلزام بتوثيق الطلاق وآراء الفقهاء المعاصرين ٢٣٣
المطلب الثالث: التعويض عن الطلاق التعسفي ٢٣٨
الفرع الأول: الموقف الفقهي والقانوني من التعويض عن الطلاق التعسفي ٢٤٠

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

الفرع الثاني:أسباب التعويض عن الطلاق التعسفي ومناقشتها..... ٢٤٢
الخاتمة ٢٤٧
التوصيات ٢٤٩
فهرس الآيات القرآنية ٢٥١
فهرس الأحاديث والآثار ٢٥٤
فهرس المصادر والمراجع ٢٥٦
الملخص باللغة الإنجليزية ٢٧٤

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

الملخص

أبومزيريق، أحمد عبدالله أحمد، تقييد المباح ومدى الإلزام به في فقه الأحوال الشخصية، دراسة تأصيلية تطبيقية ، رسالة ماجستير ، جامعة اليرموك ، ٢٠١١م، (المشرف : د. محمد فالح مطلق بني صالح) .

هدفت هذه الدراسة إلى بيان مشروعية تقييد ولي الأمر للمباح ، وحكم الإلزام به ، وحكم طاعة ولي الأمر في التقييد ، وأثر التقييد في مسائل الأحوال الشخصية .

ولتحقيق هذا الهدف تناولت الدراسة بالعرض والتحليل بيان المقصود بالمباح ، وعرض سلطات ولي الأمر ، وبيان المقصود من تقييد المباح ، وآراء الفقهاء في حكم تقييد ولي الأمر للمباح ، وعلاقة تقييد المباح بالقواعد الشرعية ، والضوابط التي يجب على ولي الأمر مراعاتها عند تقييد المباح ، وبيان المقصود بالإلزام ، وحكم إلزام ولي الأمر بتقييد المباح ، مع بيان الأثر المترتب على مخالفة التقييد .

وقد استخدم الباحث في دراسته المنهج الاستقرائي ؛ لاستقراء النصوص الشرعية المتعلقة بحق ولي الأمر في تقييد المباح ، ولتجميع أقوال الفقهاء وأدلتهم في حكم تقييد المباح ، والمنهج الاستنباطي ؛ لاستنباط أحكام تقييد المباح من خلال الأدلة الشرعية ، كما استعان الباحث بالمنهج النقدي لعقد موازنة ومقارنة بين آراء الفقهاء واستدلالاتهم في حكم تقييد المباح والإلزام به للتوصل إلى الرأي الراجح.

وقد توصلت الدراسة إلى مشروعية تقييد ولي الأمر للمباح ، مع وجوب مراعاته للضوابط والقواعد الشرعية في التقييد ، وأنه يجب على الناس طاعته في ذلك ، وحق ولي الأمر في معاقبة المخالف .

الكلمات المفتاحية (تقييد ، المباح ، ولي الأمر ، الإلزام ، الأحوال الشخصية) .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

مُقَدِّمَة

إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره ، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا ، من يهد الله فلا مضل له ، ومن يضلل فلا هادي له ، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له ، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله .أما بعد :

فإن الله سبحانه وتعالى أقام هذه الشريعة الإسلامية على الحِكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد، فجمعت شريعته سبحانه مصالح الدنيا والآخرة ، فكانت نعمة تامة ، ودِيناً كاملاً ، فصدق الله سبحانه إذ يقول : ﴿ ٱلْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِى وَرَضِيتُ لَكُمُ ٱلإِسْلَـٰمَ دِينًا ﴾ (سورة المائدة ، الآية : ٣).

ولمّا كانت الشريعة الإسلامية صالحة لكل زمان ومكان ؛ فقد صلحت دائماً لتلبية حاجات الأمة التنظيمية والتشريعية ، فما لجأ المسلمون إليها إلا وجدوا فيها الغناء عن غيرها، والكفاية عما سواها .

وفي هذا العصر حصلت متغيّرات كبيرة غيّرت من أنظمة الحياة وأوضاع الناس ، وتولّد عنها ظواهر اجتماعية عديدة ، وظهرت صور من التعامل والعلاقات لم تكن معهودة من قبل ، ولا تزال هذه الظواهر متسارعة ومتلاحقة ، تلحّ على الأمة المسلمة أن تواجهها بعقل مدرك لأصول الشريعة وثوابتها ، مستوعب لمتغيّرات الحياة ، قادر على تقديم الحلول لها .

وكان من أبرز آثار هذه الظواهر أن حدثت تغيّرات في أعراف الناس وسلوكهم وسبل معيشتهم ، وتكاثرت المشكلات والقضايا بينهم ، نتيجة لتشابك العلاقات وتداخل المصالح بشكل معقّد .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

وأمام هذه المتغيرات والظواهر وما نتج عنها من آثار يثور التساؤل عن مدى سلطة ولي الأمر في مواجهة هذه المتغيّرات بالتدخل في المباحات وتقييدها وإلزام الناس بتطبيق ما يصدره من تنظيمات .

وهذا التساؤل لم يبرز بصورته المُلحّة ، ولم تتضّح أهمّيته إلا في العصر الحاضر، بحكم هذه المتغيّرات والأحداث المستجدّة ، وأما في الماضي فلم يُفردها الفقهاء في مباحث مستقلّة ؛ لما يغلب على أحوال الناس من بساطة ويُسر .

ومحاولة للإجابة عن هذا التساؤل ، وشعوراً بأهمّيته في العصر الحاضر ، أحببت أن أكتب في موضوع : (**تقييد المباح ومدى الإلزام به في فقه الأحوال الشخصية**) .

أهمية الموضوع :

تبرز أهمية تقييد المباح في فقه الأحوال الشخصية في الفوائد العلمية والعملية التالية :

١ــ تُعدّ مسائل الأحوال الشخصية ـ خاصة مسائل الزواج والطلاق ـ من المسائل الحيوية التي لها ارتباط وثيق بحياة المسلم ، هذه الحيوية تجعل مسائل الأحوال الشخصية بحاجة إلى مراجعة دائمة ، على أن تواكب هذه المراجعات مستجدات العصر مع التمسك بمبادئ الشريعة وأسسها .

٢ــ سوء فهم كثير من الناس لحقيقة المباح في الشريعة الإسلامية ، بحيث أصبح المباح مفضياً في كثير من الأحيان إلى مفاسد تربو على مصالحه ، وخاصة المباحات في مسائل الأحوال الشخصية ، فكان لزاماً البحث عن إجراء وقائي يحقق مصالح المباح ، ويُقلّل من مفاسد التعسف فيه .

٣ ــ يُعدّ تقييد المباح من أهم أدوات السياسة الشرعية التي تلجأ إليها الدولة جلباً للمصالح ودرءًا للمفاسد .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

٤ـ هذه الدراسة يمكن الاستفادة منها في تعديلات بعض قوانين الأحوال الشخصية ، حيث إن هذه القوانين بحاجة إلى تعديل من حين إلى آخر ، وبهذا ستكشف هذه الدراسة عن مشروعية هذه التعديلات وضوابطها .

٥- في هذا الموضوع إثبات لمرونة الشريعة الإسلامية في معالجة القضايا المستجدة ، دون خروج على النصوص الشرعية ومقاصدها ، وفي الوقت نفسه التفاعل مع معطيات الحياة الجديدة دون الوقوع في الحرج والمشقة.

أسباب اختيار الموضوع :

الأمر الذي شدّني إلى الكتابة في هذا الموضوع إضافة إلى أهمّيته السابقة ما يلي :

١ – رغبتي الكتابة في موضوع يتعلق بالسياسة الشرعية ، وقد كنت أسمع مراراً وتكراراً في محاضرات الزواج والطلاق عن سلطة ولي الأمر في تقييد المباح ، فوجدت أن البحث في هذا الموضوع يُحقّق هذه الرغبة ، إضافة إلى أنه متشعب في معظم فروع العلوم الشرعية ، فهو يجمع بين الفقه والقانون ، وأصول الفقه ومقاصد الشريعة .

٢ – بعض الفتاوى التي صدرت من بعض العلماء المعاصرين التي تدعو إلى عدم التقيد بما أقرته بعض قوانين الأحوال الشخصية من تقييد للمباح ، واعتبارها تحريماً لما أحلّ الله تعالى ، مما أوقع الناس في حيرة واضطراب .

٣- عدم تعرض البحوث والدراسات لتأصيل تقييد المباح في فقه الأحوال الشخصية ، على الرغم من أهميته ، وحاجة السلطات التشريعية إليه .

مشكلة الدراسة :

بناء على ما سبق تبرز مشكلة الدراسة في الإجابة على السؤال الرئيس لموضوع البحث وهو : هل يُشرع لولي الأمر تقييد المباح في مسائل الأحوال الشخصية ؟.

ويتوقع أن يجيب البحث عن جملة من الأسئلة التالية :

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

١ – ما المقصود بالمباح ؟ وما أساليب الشريعة في بيان المباح ؟ وما أقسامه ؟ وما آثار المباح ومقاصده ؟ .

٢ – ما المراد بولي الأمر ؟ وما هي واجباته ؟ وما السلطات الممنوحة له وحدودها ؟

٣ – ما المقصود بتقييد المباح ؟ وما آراء الفقهاء وأدلتهم في حكم تقييد ولي الأمر للمباح ؟ وما تأثير القواعد الشرعية في تقييد المباح ؟ وما ضوابط التقييد ؟

٤ – ما حقيقة الإلزام بتقييد المباح ؟ وهل يجوز لولي الأمر الإلزام بالتقييد ؟ وما حكم مخالفة الإلزام ؟ وما آثار هذه المخالفة ؟.

٥ – ما أهمّ المباحات في مسائل الزواج والطلاق التي قيّدتها قوانين الأحوال الشخصية ؟ وهل هذا التقييد جائز شرعاً ؟ .

أهداف الدراسة :

تهدف الدراسة إلى تحقيق ما يلي :

١ – بيان المقصود بالمباح ، وأساليب الشرع في بيانه ، وبيان أقسام المباح ، وآثاره ومقاصده الشرعية .

٢ – بيان المقصود من تقييد المباح في فقه الأحوال الشخصية ، ومدى مشروعيته ، ومعرفة ضوابط تقييد المباح ، والعلاقة بين تقييد المباح وبعض القواعد الشرعية .

٣ – بيان معنى الإلزام بتقييد المباح ، وبيان حكم مخالفة ذلك الإلزام ، وآثار تلك المخالفة .

٤ – دراسة بعض مسائل الزواج والطلاق التي فيها تقييد للمباح ، وبيان مشروعية التقييد الذي أقرّته قوانين الأحوال الشخصية .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

حدود الدراسة :

ستركز هذه الدراسة ـ إن شاء الله تعالى ـ على البحث في تأصيل فقهي لتقييد المباح في فقه الأحوال الشخصية ، وستُتبع الدراسة التأصيلية ببعض التطبيقات في بعض مسائل الزواج والطلاق وآثارهما التي أقرّتها قوانين الأحوال الشخصية في بعض البلاد العربية ، باعتبار أن ذلك يُبيّن واقع التطبيق لهذا التأصيل ، ومن ثمّ ملاحظة مدى التوافق والاختلاف بين الفقه والقانون ، ومسوّغات هذا التوافق أو الاختلاف .

واقتصرتُ على بعض هذه القوانين كنماذج للواقع التطبيقي لهذه القضية ، وقد وقع اختياري على القوانين التالية :

١-قانون الأحوال الشخصية الليبي .

٢-قانون الأحوال الشخصية الأردني .

٣-قانون الأحوال الشخصية الإماراتي .

٤-قانون الأحوال الشخصية الجزائري .

٥-قانون الأحوال الشخصية المغربي .

وكان سبب اختياري لهذه القوانين دون غيرها باعتبار أن قانون الأحوال الشخصية الليبي يمثل بلد الباحث ، و قانون الأحوال الشخصية الأردني يمثل بلد الدراسة ، والقانون الإماراتي باعتباره أحدث قوانين الأحوال الشخصية ، وأما القانونان الجزائري والمغربي فلاشتمالهما على كثير من تطبيقات تقييد المباح في فقه الأحوال الشخصية .

الدراسات السابقة :

من خلال بحثي ومطالعتي ظهر لي وجود بعض الدراسات التي تناولت بعض المسائل المطروحة في هذا البحث ، إلا أن هذه الدراسات منها ما كان يركّز على

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

الجانب التأصيلي الفقهي النظري عموماً دون التعرض للجانب التطبيقي ، ومنها ما كان يتعرّض لبعض التطبيقات دون التأصيل لها ، وخاصة مسائل الأحوال الشخصية.

وبناء على هذا فإن ما سيُميّز هذه الدراسة ـ إن شاء الله تعالى ـ هو أن فيها محاولة لجمع شتات المسائل المتعلقة بموضوع تقييد المباح في فقه الأحوال الشخصية تأصيلاً وتطبيقاً .

ومن أهم الدراسات التي تناولت الموضوع من بعض جوانبه ما يلي :

أولاً : الرسائل الجامعية :

١- الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ، رسالة دكتوراة ، مقدمة من الدكتور : فتحي الدريني ، كلية الشريعة ، جامعة الأزهر ، وقد طُبعت الرسالة مراراً .

وتُعدّ هذه الرسالة من أحسن المؤلفات المعاصرة التي تحدثت عن فكرة الحق وطبيعته في الفقه والقانون،والأسس التي يقوم عليها تقييد الحق،وقد تطرق الباحث فيها أيضًا لبيان الفرق بين الحق والإباحة،إلا أن هذه الرسالة لم تعتن بالتطبيقات كثيراً كاعتنائها بالتأصيل.

٢- السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية ، رسالة دكتوراة ، مقدمة من الدكتور / عبدالفتاح عمرو ، قسم الفقه وأصوله ، كلية الدراسات العليا ، الجامعة الأردنية ، وقد طبعت الرسالة بدار النفائس ، الأردن ، ١٤١٨ هـ - ١٩٩٨ م .

وقد تناولت الدراسة دور السياسة الشرعية في مسائل الأحوال الشخصية ، وكان تركيز الباحث فيها على الجانب التطبيقي دون الجانب التأصيلي ، فقد اشتملت الدراسة على كثير من التطبيقات التي كان للسياسة الشرعية أثر فيها ، ولم يؤصل الباحث لأدوات السياسة الشرعية في هذه التطبيقات .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

وقد قرأت الرسالة فلم أجد الباحث قد تعرّض فيها لمسألة تقييد المباح في الأحوال الشخصية إلا في بعض الإشارات الخفيفة ، مع أنها إحدى أهم أدوات السياسة الشرعية في فقه الأحوال الشخصية .

٣- سلطة ولي الأمر في تقييد المباح ، رسالة ماجستير ، مقدمة من الطالبة / غزيل بنت علي العتيبي ، قسم الثقافة الإسلامية ، كلية التربية ، جامعة الملك سعود ، ١٤٢٧ هـ .

ويظهر من خلال مطالعتي الرسالة أن الباحثة قسّمت الرسالة إلى : أربعة فصول ، تناولت في الفصل الأول سلطة ولي الأمر ، وتناولت في الفصل الثاني الحكم الشرعي ، وخصّت الإباحة بجزء كبير منه ، وفي الفصل الثالث تحدّثت عن التقييد للمباح وأنواعه ، وذكرت بعض أسباب التقييد ، واستعرضت في الفصل الأخير بعض المسائل التطبيقية لتقييد المباح .

ويؤخذ على الرسالة جانبان مهمان : أحدهما في الجانب التأصيلي ، والثاني في الجانب التطبيقي .

فيؤخذ على الجانب التأصيلي عدة أمور ، منها : خلوّ الرسالة من بيان آراء الفقهاء في حكم تقييد ولي الأمر للمباح ، وعدم تناول أثر القواعد الشرعية في تقييد المباح .

وأما الجانب التطبيقي : فلأن الباحثة توسّعت في هذه التطبيقات لتشمل غالب الأبواب الفقهية ، لم تستطع أن تعطي هذه التطبيقات حقّها في الدراسة ، وأيضا فإن اقتصارها على بعض التطبيقات التي تحدث في المملكة العربية السعودية جعل الاستفادة من دراسة هذه التطبيقات محدودة وضيقة، حيث لم تهتم بذكر ما أقرته بعض القوانين في البلاد العربية .

٤- سلطة ولي الأمر في تقييد المباح ، رسالة ماجستير ، إعداد الطالب : عبدالبارئ حسن الباكمة ، قسم الشريعة الإسلامية ، جامعة الفاتح ، ٢٠٠٦م .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

وقد جاءت الرسالة في فصلين ، الأول للجانب النظري للبحث حول مدى مشروعية تقييد المباح ، والثاني للنماذج العملية لتقييد المباح .

ويؤخذ على الجانب التطبيقي ما أُخِذ على الدراسة السابقة من التوسّع في دراسة التطبيقات في غالب الأبواب الفقهية ، وأما الجانب النظري فيؤخذ عليه عدة أمور ، منها: عدم بيان المقصود بتقييد المباح ، وعدم التعرض لآراء الفقهاء في حكم تقييد المباح .

٥- صلاحية ولي الأمر في تقييد المباح في الأحوال الشخصية وتطبيقاته المعاصرة ، إعداد الطالبة : إيمان مرسي أبو عبدالله ، رسالة ماجستير ، قسم الفقه وأصوله ، كلية الشريعة ، جامعة مؤتة ، ٢٠٠٩م .

ولم أعلم بوجود هذه الرسالة إلا قبل أشهر قليلة من إكمال هذا البحث ، وتُعدّ هذه الرسالة أقرب الدراسات تشابهاً في العنوان مع دراسة الباحث ، أما المحتوى والمضمون فيوجد كثير من الاختلافات بينهما .

فقد قسّمت الباحثة دراستها إلى خمسة فصول ، الفصل الأول : أدبيات الرسالة وإطارها النظري ، وتناولت في هذا الفصل بيان مصطلحات الدراسة ، الفصل الثاني : هل لولي الأمر صلاحية في تقييد المباح في مسائل الأحوال الشخصية ، وتناولت في هذا الفصل مشروعية تقييد ولي الأمر للمباح ، الفصل الثالث : ضوابط تقييد المباح في فقه الأسرة ، الفصل الرابع : التطبيقات المعاصرة لصلاحية ولي الأمر في منع بعض الزيجات المباحة في أصلها ، وتناولت في هذا الفصل بعض أنواع الزواج المنتشرة كنكاح المسيار والزواج العرفي وزواج الفرند ، الفصل الخامس : التطبيقات المعاصرة لصلاحية ولي الأمر في تقييد عقد الزواج ، وتناولت في هذا الفصل بعض المسائل كعقد الزواج عبر الإنترنت ، وقضية تعدد الزوجات .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

وتتميّز هذه الدراسة عن سابقاتها بتحديد حدود الدراسة في فقه الأحوال الشخصية ، غير أنه يؤخذ عليها إغفال الباحثة تناول قضايا مهمّة لها علاقة وثيقة بالموضوع ، من أهمها : عدم تناول الدراسة لحكم الإلزام بتقييد المباح ؟ ومتى يكون التقييد صحيحاً ؟ ومتى لا يكون كذلك ؟ وما حكم مخالفة ولي الأمر في تقييد المباح؟ وما آثار هذه المخالفة ؟ كما أن الدراسة لم تحقق آراء الفقهاء في حكم تقييد المباح ، ويؤخذ عليها أيضاً الخلط بين مفهومي التقييد والإلزام وعدم التمييز بينهما .

أما في الجانب التطبيقي فلم تتطرّق هذه الدراسة لأهم المسائل التي تدخل في تقييد المباح كتحديد سنّ الزواج ، وتوثيق الطلاق ، ونحوها ، كذلك لم تهتم هذه الدراسة كثيراً بذكر ما أقرّته قوانين الأحوال الشخصية .

وبالجملة فإن من يقرأ البحثين سيتّضح له الفرق بينهما في المحتوى وطريقة العرض ومنهج الدراسة والبحث .

ثانياً : البحوث المحكمة :

١- مدى سلطة الدولة في تقييد إيقاع الطلاق ، أ. د . عبدالناصر أبو البصل ، مجلة أبحاث اليرموك ، سلسلة العلوم الإنسانية والاجتماعية ، المجلد ١١ ، العدد ٣ ، ١٩٩٥م ، ص ٢١٣ – ٢٤٧ .

وقد تناول الباحث بعض المسائل التطبيقية لتقييد المباح في مسائل الطلاق ، كتقييد الطلاق بوقوعه في المحاكم ، والإشهاد على الطلاق ، ولم يؤصل الباحث لتقييد المباح في مسائل الأحوال الشخصية .

٢- مدى سلطة ولي الأمر في تقييد المباح ، للأستاذ الدكتور : عبدالله الصالح ، مجلة أبحاث اليرموك ، سلسلة العلوم الإنسانية والاجتماعية ، المجلد ١٣ ، العدد ٢ أ ، ١٩٩٧ م ، ص ٩١ – ١٠٥ .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

وقد تضمن البحث الكلام عن النقاط التالية : مدلول المباح عند اللغويين والأصوليين ، وحالات تقييد المباح وشروطه ، ومدى الحاجة إلى تقييد بعض المباحات في واقعنا المعاصر ، منها مايختص بالصناعة والتجارة ، والتعليم والعمران ،والأسرة وغيرها .

وكما قلت سابقاً فإن هذه الدراسات منها ما كان يركّز على الجانب التأصيلي الفقهي النظري عموماً دون التعرض للجانب التطبيقي ، ومنها ما كان يتعرّض لبعض التطبيقات دون التأصيل لها ، وخاصة مسائل الأحوال الشخصية .

وبناء عليه فإن الإضافة المتوقعة من هذا البحث هي جمع شتات المسائل المتعلقة بموضوع تقييد المباح في فقه الأحوال الشخصية تأصيلاً وتطبيقاً ، فتكون هذه الرسالة استكمالاً لجهود السابقين في محاولة توضيح جانب من الجوانب المتعلقة بفقه الأحوال الشخصية .

كما أن هذه الملاحظات والمؤاخذات ستكون دافعاً لي لتجنّبها والتركيز على تلافيها، ومما سيُميّز رسالتي عن الدراسات السابقة :

١- أنها ستكون خاصة في تقييد المباح والإلزام به في فقه الأحوال الشخصية ، هذه الخصوصية ستجعل الموضوع أكثر عمقاً ، وأجود تأصيلاً وتطبيقاً .

٢- سيتناول البحث ـ إن شاء الله تعالى ـ أمراً مهماً ، وهو حكم مخالفة تقييد ولي الأمر لبعض المباحات في فقه الأحوال الشخصية ، وما الآثار المترتبة على هذه المخالفة ؟.

٣- واقعية النماذج التطبيقية في فقه الأحوال الشخصية التي ستعرض للبحث ، مما سيكسب البحث فوائد علمية وعملية .

٤- الاهتمام بذكر ما أقرّته قوانين الأحوال الشخصية في بعض البلاد العربية ، كقانون الأحوال الشخصية الليبي ، وقانون الأحوال الشخصية الأردني ، وغيرها من قوانين الأحوال الشخصية ، والتنبيه على صوابه وخطئه .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

منهج البحث :

لاشك أن طبيعة أي بحث هي التي تحدّد المنهج الذي يسلكه الباحث في دراسته للموضوع ، وموضوع تقييد المباح في فقه الأحوال الشخصية يتطلّب اتباع المناهج التالية :

١- المنهج الاستقرائي : وذلك باستقراء النصوص الواردة في القرآن الكريم والسنة النبوية ، وفعل الخلفاء الراشدين ، و أقوال الفقهاء وأدلّتهم في موضوع تقييد المباح والإلزام به في مسائل الأحوال الشخصية .

٢- المنهج الاستنباطي:لاستنباط أحكام تقييد المباح في مسائل الأحوال الشخصية والتطبيقات العملية من خلال القرآن الكريم والسنة النبوية وفعل الخلفاء الراشدين،وأقوال الفقهاء.

٣- المنهج النقدي : لعقد موازنة ومقارنة بين آراء الفقهاء واستدلالاتهم في حكم تقييد المباح والإلزام به للتوصل إلى الرأي الراجح .

منهجية الكتابة والتوثيق :

وقد نهجت في كتابة هذا البحث وتوثيقه الطريقة التالية :

١- عزو الآيات القرآنية إلى مواضعها بذكر اسم السورة ورقم الآية .

٢- تخريج الأحاديث النبوية الشريفة وآثار الصحابة،فما كان منها في الصحيحين اكتفيت بالتخريج منهما أو من أحدهما ،وما كان في غيرهما حاولت تخريجه من السنن والمسانيد والمصنفات،مع بيان آراء المحدثين في درجة الحديث من حيث الصحة والضعف.

٣- الرجوع إلى الكتب الفقهية المعتمدة عند كل مذهب من المذاهب الفقهية الأربعة ، وتوثيق آراء كل مذهب من مصادره المعتمدة ما أمكن ذلك .

٤- لم أترجم للأعلام الواردة ذكر أسمائهم في الرسالة ؛خشية إثقال الرسالة بالهوامش،خاصة أن أغلب الأعلام هم من المعاصرين،ممن لا يصعب على القارئ معرفتهم.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

٥- الالتزام بتعليمات عمادة البحث العلمي والدراسات العليا بجامعة اليرموك فيما يتعلّق بمواصفات كتابة الرسائل والأطروحات الجامعية .

خطة البحث :

اقتضت دراسة الموضوع أن يُقسّم البحث إلى مبحث تمهيدي وفصلين وخاتمة على النحو التالي :

المبحث التمهيدي : المباح في الشريعة الإسلامية ، وفيه أربعة مطالب :

المطلب الأول : تعريف المباح .

المطلب الثاني : أساليب المباح .

المطلب الثالث : أقسام المباح .

المطلب الرابع : آثار المباح ومقاصده .

الفصل الأول : التأصيل الشرعي لتقييد المباح في الأحوال الشخصية .

وفيه تمهيد وثلاثة مباحث : التمهيد : مصادر تقييد المباح .

المبحث الأول:سلطة ولي الأمر في تقييد المباح في الأحوال الشخصية،وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول : سلطات ولي الأمر .

المطلب الثاني : حقيقة تقييد المباح .

المطلب الثالث : التعريف بالأحوال الشخصية .

المبحث الثاني : مشروعية تقييد المباح ، وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : : حكم تقييد ولي الأمر للمباح .

المطلب الثاني : القواعد الشرعية وأثرها في تقييد المباح .

المطلب الثالث : ضوابط تقييد المباح .

المبحث الثالث : الإلزام بتقييد المباح ، وفيه ثلاثة مطالب :

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

المطلب الأول : المقصود بالإلزام بتقييد المباح .

المطلب الثاني : حكم الإلزام بتقييد المباح .

المطلب الثالث : مخالفة الإلزام وأثرها .

الفصل الثاني : الدراسة التطبيقية لتقييد المباح والإلزام به في فقه الأحوال الشخصية.

المبحث الأول : تقييد المباح في عقد الزواج وآثاره . وفيه خمسة مطالب :

المطلب الأول : تحديد أهلية الزواج بالسنّ .

المطلب الثاني : توثيق عقد الزواج .

المطلب الثالث : الإلزام بالفحص الطبي قبل الزواج .

المطلب الرابع : تحديد الحدّ الأعلى للمهر .

المطلب الخامس : تقييد تعدد الزوجات .

المبحث الثاني : تقييد المباح في الطلاق وآثاره . وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : تقييد الطلاق بإذن القاضي .

المطلب الثاني : توثيق الطلاق .

المطلب الثالث : التعويض عن الطلاق التعسفي .

الخاتمة، واحتوت على أهم النتائج والتوصيات.

وأخيراً ...فهذا الجهد إنما هو جهد المُقلّ ، جهد من هو معرض للخطأ والصواب ، فما كان فيها من خير فهو من توفيق الله تعالى وحده، وما كان غير ذلك فهو منّي ، وكل واحد مأخوذ منه ومردود عليه ، فلا بدّ من هفوة وهفوات ، فليُعذر من هذه استطاعته ، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

© Arabic Digital Library-Yarmouk University

المبحث التمهيدي

المباح في الشريعة الإسلامية

وفيه أربعة مطالب :

المطلب الأول : تعريف المباح

المطلب الثاني : أساليب المباح

المطلب الثالث : أقسام المباح

المطلب الرابع : آثار المباح ومقاصده

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

المطلب الأول

تعريف المباح

الفرع الأول : تعريف المباح لغة واصطلاحاً :

أولاً : تعريف المباح لغة :

المباح : اسم مشتق من البوح ، يقال : باح يبوح بوحاً ، وأصل البوح : ظهور الشيء وبروزه ، يُقال : باح بسرّه إذا أظهره .

وتُطلق الإباحة أيضاً على الإطلاق والإذن ، ومنه يقال : أبحتك الشيء : أي أذنت لك فيه ، وأباح الشيء : أطلقه ، والمباح : خلاف المحظور ، جاء في معجم مقاييس اللغة : « ب و ح ، الباء والواو والحاء أصل واحد ، يدلان على سعة الشيء وبروزه وظهوره ، ومن هذا الباب إباحة الشيء ، وذلك أنه ليس بمحظور ، فأمره واسع غير مضيق »[1].

وبناء على ذلك : فإن المباح اسم مفعول من باح بالشيء وأباحه ، وهو اسم لكل ما وقعت عليه الإباحة[2].

ثانياً : تعريف المباح اصطلاحاً :

لمّا كان لفظ المباح متداولاً عند كل من الأصوليين والفقهاء ، ولكل طائفة اصطلاحها الخاص بها ، كان لزاماً بيان حقيقة المباح عند كل طائفة ، وبيانه كالتالي :

---

(١) ابن فارس، أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام هارون، القاهرة – مصر، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، ط٢، ١٣٨٩هـ، ١٩٦٩م ،(بوح) ،٣١٥/١.

(٢) ينظر: ابن منظور، محمد بن مكرم، لسان العرب، بيروت – لبنان، دار صادر، ط١، (بوح) ،٤١٦/٢.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

حقيقة المباح عند الأصوليين :

لا خلاف بين الأصوليين في أن حقيقة المباح هي « ما خَيَّر الشارع فيه بين الفعل والترك من غير مدح ولا ذم »[1]، غير أن بيان هذه الحقيقة استدعت من الأصوليين أن يضعوا تعريفاً مناسباً لها ، وهم عادة يهتمّون بالتعريفات اهتماماً كبيراً ، فيشترطون في كل تعريف شروطاً عديدة ، كأن يكون جامعاً مانعاً ، وأن يكون واضحاً جلياً ، فيوردون على كل تعريف يرون أن فيه إخلالاً ببيان حقيقة المُعرَّف أو بعض شروطه مناقشات واعتراضات كثيرة ، قد لا يكون في أغلبها كبير فائدة .

وقد عرّف علماء الأصول المباح بعدّة تعريفات ، مختلفة في اللفظ ، متفقة في المعنى ، وما دام أنهم متفقون على حقيقته فلن أُطيل بعرض هذه التعريفات ، وإنما سأقتصر على ذكر أهمها ، وهي كالتالي :

تعريف الغزالي :

عرّف الغزالي المباح بأنه : « الذي ورد الإذن من الله تعالى بفعله وتركه غير مقرون بذم فاعله ومدحه ولا بذم تاركه ومدحه »[2].

تعريف الآمدي :

وضع الآمدي تعريفاً للمباح تحاشى فيه النقوض والاعتراضات التي أوردها الأصوليون على تعريفات المباح ، فقال : « المباح هو ما دلّ الدليل السمعي على خطاب الشارع بالتخيير فيه بين الفعل والترك من غير بدل »[3].

---

(١) الرازي، محمد بن عمر، المحصول في علم الأصول، تحقيق : طه جابر العلواني، الرياض – السعودية ، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، ط١، ١٤٠٠هـ ، ٣٥٩/٢ ، ابن قدامة ، عبدالله بن أحمد ، روضة الناظر وجنة المناظر ، تحقيق : عبدالعزيز السعيد ، الرياض – السعودية ، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية،ط٢ ، ١٣٩٩هـ ، ٣٧/١ .

(٢) الغزالي، محمد بن محمد، المستصفى من علم الأصول، تحقيق : محمد عبد الشافي ، بيروت – لبنان ، دار الكتب العلمية ، ط١، ١٤١٣هـ ، ٥٣/١.

(٣) الآمدي، علي بن محمد، الإحكام في أصول الأحكام، تحقيق: سيد الجميلي، بيروت – لبنان، دار الكتاب العربي، ط١، ١٤٠٤هـ، ١٦٨/١.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

فالقيد الأول : وهو قوله : « ما دلّ الدليل السمعي » أراد به فصل المباح عن فعل الله تعالى ، لأن فعله لا يتوقف على دليل .

والقيد الثاني : وهو قوله: « من غير بدل » مخرج للواجب الموسع في أول الوقت[1]، وللواجب المخير[2]؛ لأن التخيير في هذين النوعين مقيد بوجود البدل عن كل منهما ، بخلاف التخيير في المباح فإنه لا يرتبط بالبدل[3].

تعريف الشاطبي :

وعرّفه الشاطبي بأنه : « المُخيَر فيه بين الفعل والترك من غير مدح ولا ذم لا على الفعل ولا على الترك »[4].

فقوله : « من غير مدح ولا ذم...» يخرج الواجب بجميع أقسامه ؛ لأن الواجب من حيث إنه واجب يُمدَح فاعله ويُذم تاركه .

وخلاصة ما سبق ذكره من التعريفات : أن الأصوليين متفقون على حقيقة المباح ، وأنها ما خير الشارع فيه بين الفعل والترك ، وإن اختلفت أقوالهم في التعبير عن هذه الحقيقة ، فإن كان ولا بدّ من اختيار تعريف للمباح ، فيبدو أن تعريف الآمدي ـ والذي اختاره كثير من المعاصرين ـ هو التعريف الأسلم ؛ لما فيه من استقامة ووضوح ، ولكونه جامعاً مانعاً ، فلا يحتاج إلى ضمّ قيد يُبيّن المراد ، بخلاف التعريفات الأخرى[5].

---

(١) الواجب الموسع: هو ما كان وقت وجوب أدائه يسع أداءه وأداء غيره من جنسه، كالصلوات الخمس ، ينظر: الرازي، المحصول ، ٢٩٠/٢.

(٢) الواجب المخير: هو ما طلبه الشارع طلباً جازماً مع التخيير بين أفراده المعينة المحصورة، كخصال الكفارة الثلاث، ينظر: الرازي، المحصول ، ٢٦٦/٢ .

(٣) ينظر: مدكور، محمد سلام، نظرية الإباحة عند الفقهاء والأصوليين، القاهرة – مصر، دار النهضة العربية، ط٢، ١٩٨٤م، ص: ٤٣.

(٤) الشاطبي: إبراهيم بن موسى، الموافقات ، تعليق: عبد الله دراز، بيروت- لبنان، دار المعرفة، ١٠٩/١.

(٥) ينظر: مدكور، نظرية الإباحة، ص: ٤٣.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

حقيقة المباح عند الفقهاء :

يرد لفظ المباح كثيراً على ألسنة الفقهاء بالمعنى الذي حدّده الأصوليون ، ولذلك تراهم يخصصون باباً أو كتاباً في مؤلفاتهم الفقهية لبيان جملة من المحظورات والمباحات مما يتعلق بالألبسة والأطعمة والأشربة ونحوها[1].

بيد أن للفقهاء عامة فهماً آخر للمباح ، أعمّ وأشمل من فهم الأصوليين له ، حيث إنهم يقسمون المباح إلى قسمين : المباح بإذن الشرع ، والمباح بإذن الأفراد بعضهم لبعض ، وهذا بخلاف ما نصّ عليه الأصوليون بأن مصدر الإباحة هو الشارع عزّ وجلّ .

وأيضاً فإن المباح بإذن الشارع يطلقونه بإطلاقين : فقد يُطلق على ما خيّر الشارع فيه بين الفعل والترك ، كما هو عند الأصوليين ، وهو الغالب عندهم ، فعند الإطلاق يُحمل على هذا المعنى.

وقد يُطلق أيضاً على ما لا حرج في فعله ، فيشمل الواجب والمندوب والمباح والمكروه ، فيكون أعمّ من الإطلاق الأول [2].

وقد سار على هذا التفريق ـ أعني التفريق بين المباح الذي مصدره الشرع والمباح الذي مصدره العباد ـ بعض الفقهاء المعاصرين ، فتجد بعضهم يُعرِّف المباح بالإطلاق الأول كالدريني حيث يقول : « إن الإباحة إذن يقرّ به الشرع مكنة الانتفاع مباشرة لا على وجه الاختصاص تحقيقاً لمصلحة معينة »[3].

---

(١) تختلف المذاهب الفقهية في تسمية هذا الباب أو الكتاب ، فبعضها تسميه كتاب الحظر والإباحة ، وبعضها تسميه كتاب الأطعمة والأشربة ، وأخرى تسميه كتاب الاستحسان ، ينظر : الزحيلي ، وهبه ، الفقه الإسلامي وأدلته ، دمشق – سوريا ، دار الفكر ، ط ٢ ، ١٤٠٤ هـ - ١٩٨٤ م ، ٣ / ٥٠٣ .

(٢) ينظر : حماد ، نزيه ، معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء ، فرجينيا – أمريكا ، المعهد العالمي للفكر الإسلامي ، ط ١ ، ١٤١٤ هـ - ١٩٩٣ م ، ص : ٢٣٨ - ٢٣٩ .

(٣) الدريني، فتحي، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، بيروت – لبنان، مؤسسة الرسالة، ط١، ١٤١٧هـ-١٩٩٧م، ص: ٢٧٢.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

بينما يتجه الشيخ علي الخفيف نحو الإطلاق الثاني فيقول : « الإباحة تصرف أو إذن من المالك يفيد الإنسان حق الانتفاع بطريق مباشر »[1].

وسيأتي مزيد إيضاح لكلا النوعين وبيان لأهم الفروق بينهما عند الحديث عن أقسام المباح .

وخلاصة ماسبق أن المباح يرد في لسان الشرع بمعنيين : أحدهما : ما خيّر الشرع فيه بين الفعل والترك ، والآخر : ما لاحرج في فعله .

فالأصوليون إذا استعملوا لفظ المباح أرادوا به المعنى الأول دون غيره ، بينما يستعمل الفقهاء المباح بالمعنيين السابقين .

ومما سبق أيضاً تتضح العلاقة بين المعنى اللغوي والمعنى الاصطلاحي للمباح ، فقد عُرِف أن الإباحة في اللغة تُطلق على الظهور والإعلان ، وعلى الإطلاق والتوسعة ، ولا شك أن المباح يظهر فيه هذان المعنيان ، إذ الغالب في المباح إظهاره وإعلانه في الشرع تفضلاً من الله سبحانه ، وفيه أيضاً توسعه على المكلفين ، فهو وسط بين الأحكام الشرعية ، وبذلك يصح القول بأن المعنى اللغوي أصل في الجملة لجميع المعاني الاصطلاحية في جميع العلوم .

الفرع الثاني : العلاقة بين المباح وبعض الحقائق الشرعية :

بعد أن ظهرت حقيقة المباح عند الأصوليين والفقهاء ، أريد أن أُوضِّح الفرق بينه وبين بعض الحقائق الشرعية التي قد تلتبس بحقيقة المباح ، لما بينها من شبه وارتباط ، وهذه الحقائق هي : الجائز ، والحلال ، والحق .

---

(١) الخفيف، علي، أحكام المعاملات الشرعية، القاهرة – مصر ، دار الفكر العربي، ط٣، ١٩٨٣م ، ص : ٣٤ .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

أولاً : المباح والجائز :

يقول القرافي في شرح تنقيح الفصول : « الجواز في الشرع يُطلق بتفسيرين : أحدهما جواز الإقدام كيف كان ، فيندرج تحته الوجوب ونحوه ، وثانيهما : استواء الطرفين ، وهو المباح في اصطلاح المتأخرين » [١].

فالفقهاء يرون أن الجائز مرادف للمباح بالمعنى الفقهي ، فكما أن المباح يُطلق على ما استوى طرفاه ، وعلى ما لا حرج في فعله ، فالجائز أيضاً كذلك ، يقول الزركشي : « الجواز يُطلق في ألسنة الفقهاء على أمور : أحدها : رفع الحرج ، فيكون أعمّ من أن يكون واجباً أو مندوباً أو مكروهاً ، الثاني : على مستوي الطرفين ، وهو التخيير بين الفعل والترك ...، وقد يجري في كلام الفقهاء : جائز كذا ، ويريدون به الوجوب ، وذلك ظاهر فيما إذا كان الفعل دائراً بين الحرمة والوجوب ، فيستفاد من قولهم يجوز : رفع الحرمة ، فيبقى الوجوب » [٢] .

أما الأصوليون فقد اختلفوا في الصلة بين المباح والجائز ، ففي حين يرى الغزالي أن الجائز مرادف للمباح بالمعنى الأصولي ، حيث عرّف الجواز بقوله : « حقيقة الجواز : التخيير بين الفعل والترك والتساوي بينهما بتسوية الشرع »[٣]، فعنده أن الجائز مرادف للمباح ولا فرق بينهما .

بينما يرى آخرون أن الجائز أعم من المباح ، حيث إن الجائز عندهم هو ما سوى الحرام ، فهو على هذا شامل لكل من الواجب والمندوب والمباح والمكروه [٤].

---

(١) القرافي : أحمد بن إدريس، شرح تنقيح الفصول، القاهرة – مصر، مكتبة الكليات الأزهرية، دار الفكر، ط١، ١٣٩٣هـ-١٩٧٣م، ص٧٠ . بتصرف.

(٢) الزركشي : محمد بن بهادر ، المنثور في القواعد ، تحقيق: د. تيسير فائق أحمد محمود ، الكويت - وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، ط ٢ ، ١٤٠٥ هـ ، ٢ : ٧ . بتصرف .

(٣) الغزالي، المستصفي، ١/٧٤.

(٤) ينظر: الموسوعة الفقهية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، ط٢، ١٤٠٤هـ-١٩٨٣م، ١/١٢٧.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

إذن لابد من التفريق بين معنى الجائز عند الفقهاء ومعناه عند الأصوليين ، وبذلك تتضح العلاقة بينه وبين المباح .

ثانياً : المباح والحلال :

يطلق الحلال في لسان الشرع وفي اصطلاح الفقهاء على غير الحرام ، فالحلال عندهم ما ليس ممنوعاً منعاً باتاً ، وهو بذلك يشمل كل ما عدا الحرام ، فيدخل فيه الواجب والمندوب والمباح والمكروه ، ويدل لذلك ما رُوي عن الرسول ﷺ : « أبغض الحلال إلى الله الطلاق »[1] ، جاء في التعريفات : « الحلال : هو كل شيء لا يُعاقب عليه باستعماله »[2].

ومن هنا نستطيع أن نقول : إن المباح أخص من الحلال عند الأصوليين ، والحلال أعم منه ، فكل مباح حلال بلا عكس .

والخلاصة أن الحلال يُطلق في الشرع أصلاً على غير الحرام ، ويُطلق مجازاً على المباح المستوي الطرفين ، وذلك من قبيل إطلاق الكل وإرادة الجزء.

ثالثاً : المباح والحق :

استعمل الفقهاء لفظ الحق كثيراً في مواضع مختلفة ، ومعان متعددة ، ولم يعتن الفقهاء القدامى بتعريف الحق بمعناه العام في الشرع ، اعتماداً منهم على المعنى اللغوي ، أو لأنهم رأوا أنه من الوضوح بحيث لا يحتاج إلى تعريف .

---

(١) أبو داود ، سنن أبي داود ، كتاب الطلاق، باب كراهية الطلاق (٢١٧٨) ، ابن ماجه ، سنن ابن ماجه ، كتاب الطلاق ، (٢٠١٨) ، وضعفه ابن حجر في تلخيص الحبير ، ينظر : ابن حجر : أحمد بن علي ، التلخيص الحبير في أحاديث الرافعي الكبير ، تحقيق: السيد عبدالله هاشم اليماني المدني ، المدينة المنورة – السعودية ، ١٣٨٤ – ١٩٦٤ م ، ٣ / ٢٠٥ .

(٢) الجرجاني: علي بن محمد، التعريفات، تحقيق إبراهيم الأبياري، بيروت – لبنان، دار الكتاب العربي، ط١، ١٤٠٥هـ ، ١/١٢٤.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library- Yarmouk University

وقد حاول بعض الفقهاء المعاصرين وضع تعريف محدد للحق ، ومن أهم هذه التعريفات تعريف الدكتور فتحي الدريني حيث يقول : « الحق : هو اختصاص يقرّر به الشرع سلطة على شيء أو اقتضاء أداء من آخر تحقيقاً لمصلحة معينة »[1].

ويرى الدريني أن الحق بهذا المعنى لا يلتبس بالمباح ، لأن لكل منهما مفهوماً متمايزاً ، وإن جرى بعض الفقهاء على عدم التمييز بينهما ، فقد يطلقون الحق أحياناً على المباح ، والمباح على الحق .

وقد بيّن القرافي أن حقيقة المباح لا تلتبس بالحق ، وأنكر على الذين جعلوا بعض المباحات حقوقاً ، كحرية الزواج ، وحرية التملك ، فهذه مباحات وليست حقوقاً[2].

على أن الإباحة طريق الحق ، وليست هي الحق الذي يُقصد به المعنى الاستئثاري الدقيق .

وعلى أية حال فإن بعض هذه الألفاظ كثيراً ما يُستعمل موضع الآخر، ولكن عند التدقيق يتّضح الفرق بينهما .

---

(١) الدريني ، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ، ص: ٢٦٠.

(٢) ينظر : القرافي، أحمد بن إدريس، الفروق، تحقيق: عمر حسن القيام، بيروت – لبنان، مؤسسة الرسالة، ط١، ١٤٢٤هـ-٢٠٠٣م ، ٣ / ٥-٦ . الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ، ص: ٢٦٥-٢٦٦-٢٦٧.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

المطلب الثاني

أساليب المباح

المراد بأساليب المباح : الطرق الواردة في النصوص الشرعية التي تفيد الإباحة ، وتدلّ على كون الفعل مباحاً في الشرع .

ولم يلتزم الشرع في الدلالة على المباح أسلوباً واحداً ، وإنما نوّع في أساليب بيانه ، وغاير في صيغه وعباراته ، كما هو الشأن في الأحكام الشرعية الأخرى .

وقد ذكر العلماء بعض حِكم وأسرار هذا التنوع ، ومنها : أن الأحكام شُرعت في أوقات مختلفة ، وفي فترات متباعدة ، حسب الوقائع والمناسبات ، ولكل واقعة ومناسبة أسلوب يُناسبها .

وأيضاً فإن القرآن الكريم ليس كتاب تشريع فقط ، بل هو كتاب وعظ وإرشاد ، يسوق آيات الأحكام بأساليب متنوعة ، تتقبلها النفوس وتؤثر فيها ، فيكون هذا التنوع باعثاً على قبول هذه الأحكام وامتثالها .

إلى غير ذلك من الحِكم والأسرار في تنوّع أساليب الشرع في بيان الأحكام الشرعية [1].

ومما تجب الإشارة إليه أنه بتتبع آيات القرآن الكريم يُلاحظ عدم ورود كلمة الإباحة ولا شيء من مشتقاتها فيه ، وإنما توجد في القرآن الكريم وفي السنة النبوية استعمالات أخرى تدل على الإباحة .

---

(١) ينظر: احميدان ، زياد محمد ، مقاصد الشريعة الإسلامية ، بيروت- لبنان ، مؤسسة الرسالة ناشرون ، ط١ ، ١٤٢٩هـ - ٢٠٠٨م ، ص : ٢٩٠.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

هذه الاستعمالات منها ما يدل على الإباحة صراحة ، ومنها ما يدل على الإباحة دلالة غير صريحة ، وأيضاً فإن هذه الأساليب تتنوّع إلى أساليب لفظية ، وأخرى غير لفظية ، ومن ثم يمكننا تقسيم أساليب الشرع في الدلالة على المباح إلى ما يلي :

أولاً : الأساليب اللفظية :

ونعني بالأساليب اللفظية : كل لفظ ورد في القرآن الكريم أو السنة النبوية يفيد الإباحة، سواء أفاد ذلك صراحة أم لا.

هذه الاستعمالات قسّمها العلماء إلى قسمين : قسم يدل على الإباحة دلالة صريحة ، وقسم دلالته على الإباحة دلالة غير صريحة[1]، وأتحدث فيما يلي عن كل قسم من هذين القسمين :

١- الألفاظ الصريحة :

يقصد بالألفاظ الصريحة : الألفاظ التي لا تحتاج في إفادة الإباحة إلى قرينة ، ومن أكثر الصيغ صراحة في إفادة الإباحة ما يلي :

أ - نفي الحرج :كما في قوله تعالى : ﴿ لَّيْسَ عَلَى ٱلْأَعْمَىٰ حَرَجٌ وَلَا عَلَى ٱلْأَعْرَجِ حَرَجٌ وَلَا عَلَى ٱلْمَرِيضِ حَرَجٌ وَلَا عَلَىٰٓ أَنفُسِكُمْ أَن تَأْكُلُوا۟ مِنۢ بُيُوتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ ءَابَآئِكُمْ.. ﴾[2].

فهذه الآية تدل دلالة صريحة على إباحة الأكل من بيت الإنسان نفسه ومن بيوت من ذُكر في هذه الآية .

ب - نفي الجناح[3]: كما في قوله تعالى : ﴿ لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا۟ لَهُنَّ فَرِيضَةً ﴾[4].

---

(١) ينظر: مذكور، نظرية الإباحة، ص: ٦٥.

(٢) سورة النور: الآية ٦١.

(٣) قد يرد لفظ الجناح والمراد به الوجوب ، كما في قوله تعالى: ﴿ إن الصفا والمروة من شعائر الله فمن حج البيت أو اعتمر فلا جناح عليه أن يطوف بهما ﴾ .

(٤) سورة البقرة: الآية ٢٣٦.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

قال ابن كثير في بيان هذه الآية : « أباح تبارك وتعالى طلاق المرأة بعد العقد عليها وقبل الدخول بها »[1].

ج - نفي الإثم : كما في قوله تعالى : ﴿ إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ ٱلْمَيْتَةَ وَٱلدَّمَ وَلَحْمَ ٱلْخِنزِيرِ وَمَآ أُهِلَّ بِهِۦ لِغَيْرِ ٱللَّهِ ۖ فَمَنِ ٱضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَآ إِثْمَ عَلَيْهِ...﴾[2]، فهذه الآية تدلّ على إباحة تناول بعض المحرّمات عند الضرورة ، والإباحة هنا بمعنى عدم المؤاخذة والعقاب ، لا بمعني التخيير.

د - رفع القلم : ومن ذلك حديث عائشة رضي الله عنها عن النبيﷺ الذي قال فيه : « رُفِعَ الْقَلَمُ عن ثَلَاثَةٍ : عن النَّائِمِ حتى يَسْتَيْقِظَ ، وَعَنْ الْمُبْتَلَى حتى يَبْرَأَ ، وَعَنْ الصَّبِيِّ حتى يَكْبُرَ»[3]، فإن هذا الحديث يدل على رفع الإثم عما يصدر عن هؤلاء من أفعال .

إلى غير ذلك من الألفاظ الصريحة التي ورد ذكرها في القرآن الكريم أو السنة النبوية ، كنفي المؤاخذة والبأس والسبيل ونحوها .

٢- الألفاظ غير الصريحة :

يُقصد بالألفاظ غير الصريحة : الألفاظ التي تحتاج إلى قرينة في إفادتها الإباحة ، ومن أمثلة هذه الألفاظ ما يلي :

---

(١) ابن كثير: إسماعيل بن عمر، تفسير القرآن الكريم العظيم، بيروت- لبنان، دار الفكر، ١٤٠١هـ،١/٢٨٨.

(٢) سورة البقرة: الآية ١٧٣.

(٣) أبوداود ، سنن أبي داود ، كتاب الحدود ، باب في المجنون يسرق أو يصيب حداً ، (٤٣٩٨) ، الحاكم ، المستدرك ، كتاب البيوع، (٢٣٥٠) ، ٢/٦٧ ، أخرجه أبوداود وسكت عنه ، وقال الحاكم : « هذا حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه » .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

أ - التعبير بالحل[1] :

ذكرنا فيما سبق عند الحديث عن التمييز بين لفظي المباح والحلال ، أن لفظ الحلال يرد على لسان الشرع ويُراد به غير المحظور ، فهو صالح للاستعمال في الواجب والمندوب والمباح والمكروه ، فكان لا بد لإفادته الإباحة من قرينة تصرفه إليه ، والسياق له دور كبير في فهم مقتضيات الألفاظ ، فمن ذلك قوله تعالى بعد أن ذكر من يحرم الزواج بهن : ﴿ وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ ﴾[2]، فهذه الآية تدل على إباحة الزواج بغير من جاء النص بتحريمهن .

ب - صيغة الأمر :

ذهب جمهور الأصوليين إلى أن صيغة الأمر حقيقة في الوجوب ، مجاز في غيره ، فلا تنصرف لغير الوجوب إلا لقرينة تخرجه عن ذلك الأصل[3].

ومن ثَمّ فإن استعمال صيغة الأمر لإفادة الإباحة يحتاج إلى قرينة ، ومن القرائن التي ذكرها الأصوليون والتي تخرج الأمر عن الوجوب إلى الإباحة :

ورود الأمر بعد الحظر : من ذلك قوله تعالى : ﴿ فَٱلْـَٰٔنَ بَـٰشِرُوهُنَّ وَٱبْتَغُوا۟ مَا كَتَبَ ٱللَّهُ لَكُمْ ۚ وَكُلُوا۟ وَٱشْرَبُوا۟... ﴾[4] ، فإن هذه الأفعال كانت محرّمة على الصائم إذا نام بعد الغروب ، فخفف الله تعالى على المسلمين وأباحها إلى طلوع الفجر.

إلى غير ذلك من القرائن التي تحتفّ بصيغة الأمر فتصرفه عن الوجوب إلى الإباحة ، كاقتران الأمر بالمشيئة ونحوها[1].

---

(١) يرى بعض الفقهاء أن لفظ الحل هو من الألفاظ الصريحة في الدلالة على الإباحة .

(٢) سورة النساء : الآية ٢٤ .

(٣) ينظر: صالح، محمد أديب ، تفسير النصوص في الفقه الإسلامي ، بيروت – لبنان، المكتب الإسلامي، ط٤، ١٤١٣هـ-١٩٩٣م، ٢٧١/٢ .

(٤) سورة البقرة: الآية ١٨٧.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

ح - نفي التحريم والنهي عنه :

من الأساليب غير الصريحة التي تدل على الإباحة نفي التحريم والنهي عنه ، وإنما كان نفي التحريم أسلوباً غير صريح ؛ لأنه لا يدل على الإباحة إلا مع قرينة ، فغير الحرام كما يصدق على المباح يصدق أيضاً على الواجب والمندوب والمكروه ، ومثال نفي التحريم مما يدل على الإباحة قوله تعالى : ﴿ قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ ٱللَّهِ ٱلَّتِيٓ أَخْرَجَ لِعِبَادِهِۦ وَٱلطَّيِّبَٰتِ مِنَ ٱلرِّزْقِ ﴾[٢]، فالاستفهام في الآية استفهام إنكاري على من يحرم الزينة والطيبات من الرزق ، وفي ذلك دلالة على إباحة اللباس الحسن والتجمل في الجمع والأعياد[٣].

ومثال النهي عن التحريم قوله تعالى : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تُحَرِّمُواْ طَيِّبَٰتِ مَآ أَحَلَّ ٱللَّهُ لَكُمْ ﴾[٤] ، فهذه الآية كسابقتها تنهى عن تحريم الطيبات ، مما يدلّ على أن الله سبحانه وتعالى أباح الاستمتاع بما لم يرد نص بتحريمه .

د - الاستثناء من التحريم :

كما في قوله تعالى: ﴿ وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَلْيَضْرِبْنَ بِخُمُرِهِنَّ عَلَىٰ جُيُوبِهِنَّ وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ أَوْ ءَابَآئِهِنَّ ... ﴾[٥] ، ففي هذه الآية استثناءان من حظر إبداء زينة

=

(١) ينظر: مدكور، نظرية الإباحة، ص: ٧٤.

(٢) سورة الأعراف: الآية: ٣٢.

(٣) القرطبي: محمد بن أحمد الأنصاري ، الجامع لأحكام القرآن، بيروت – لبنان ، دار الكتب العلمية ، ١٤١٣ هـ - ١٩٩٣ م ، ٧ / ١٢٦

(٤) سورة المائدة: الآية ٨٧.

(٥) سورة النور: الآية ٣١.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

المرأة ، الأول : إباحة إبداء ما ظهر من الزينة ، وقد اختُلِف في المراد به ، هل هو الوجه والكفّان ، أو هو غير ذلك ؟ ، ليس هذا محلّ بحثه[1].

والاستثناء الثاني : إباحة إظهار الزينة للمذكورين في الآية الكريمة ، والاستثناء من الحظر إباحة .

إلى غير ذلك من الأساليب اللفظية الدالة على الإباحة دلالة غير صريحة كلفظ الإذن ونحوه .

ثانياً : الأساليب غير اللفظية :

يُقصد بالأساليب غير اللفظية : ما يدلّ على الإباحة من غير اللفظ ، وهذا النوع يمكن تقسيمه إلى قسمين : فعل، وإقرار[2]، وبيانه كالتالي :

١- الفعل أو السنة الفعلية :

يقصد بدلالة الفعل على الإباحة : فعل الرسول ﷺ الذي يُحمل على الإباحة[3].

واتفق العلماء على أن فعل الرسول ﷺ لا يخرج عن كونه واجباً أو مندوباً أو مباحاً ، واختلفوا على أيّها تُحمل أفعاله ﷺ ، إلا أنهم اتفقوا على أن ما يدل على الإباحة منها ما يلي :

---

(١) يقول القرطبي : « لزينة المرأة ظاهر وباطن ، فما بطن لا يحلّ إبداؤه إلا لمن سمّاهم الله تعالى في هذه الآية ، وأما ما ظهر فمباح لكل الناس من المحارم والأجانب ، وقد اختُلف في المُراد به ، فقيل : هو الثياب ، وقيل هو الوجه والكفان ، وقال بعضهم : هو الكحل والسوار ونحوها ، قال ابن عطية : ويظهر لي بحكم ألفاظ الآية أن المرأة مأمورة بألا تبدي وأن تجتهد في الإخفاء لكل ما هو زينة ، ووقع الاستثناء فيما يظهر بحكم ضرورة حركة فيما لابد منه أو إصلاح شأن أو نحو ذلك ، فما ظهر على هذا الوجه مما تؤدي إليه الضرورة فهو المعفو عنه " ينظر : القرطبي : الجامع لأحكام القرآن ، ١٢ / ١٥٢ .

(٢) يرى بعض العلماء أن الإقرار قسم من أقسام الفعل ، وليس قسيماً له ، ذلك أنه كف عن الإنكار، والكف فعل من الأفعال.

(٣) هل يصح الاستدلال بأفعال الله تعالى على الإباحة ، هذه المسألة قلّ من ذكرها من الأصوليين ، يقول ابن تيمية : " الأصل قول الله تعالى وفعله ... ، وإن كانت جرت عادة عامة الأصوليين أنهم لا يذكرون من جهة الله تعالى إلا قوله ، الذي هو كتابه " وقد ذكر الشيخ محمد سليمان الأشقر ـ رحمه الله ـ بعض أوجه الاستدلال بأفعال الله تعالى ، كالاستدلال بعقابه لقوم لوط عليه السلام ، ينظر: الأشقر، محمد سليمان، أفعال الرسول ﷺ ودلالتها على الأحكام الشرعية، بيروت – لبنان، مؤسسة الرسالة، ط٢، ١٤٠٨هـ-١٩٨٨م، ١٥٠/٢.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

أ - الأفعال الجبلية التي لا تعلق لها بالعبادات ، ولا يظهر فيها قصد القربة والطاعة ، كالأكل والشرب والنوم واللبس ونحوها .

ب - الأفعال العادية أي ما فعله النبي ﷺ جرياً على عادة قومه ومألوفهم ، كالعوائد الجارية في المناسبات من زواج ووفاة ونحوها .

ج - الأفعال الدنيوية : وهي ما فعله النبي ﷺ بقصد تحصيل نفع في البدن أو المال ، له أو لغيره ، أو تدبيراً في شأنه خاصة أو في شأن المسلمين ، وهذا النوع أضراب كثيرة.

د - الفعل البياني : وهو ما وقع منه ﷺ بياناً لمجمل ورد في القرآن الكريم ، وقد اتفق الأصوليون على أن حكم الفعل البياني يرجع إلى المبيَّن في حكمه ، فإن كان المبيَّن واجباً كان الفعل واجباً ، وإن كان المبيَّن مندوباً كان الفعل مندوباً ، وإن كان المبيَّن مباحاً كان الفعل مباحاً .

وهناك أنواع أخرى لأفعال الرسول ﷺ اختلف الأصوليون في دلالتها على الأحكام يُرجع إليها في محلّها[1].

٢- الإقرار أو السنة التقريرية :

الإقرار عند الأصوليين هو : « سكوت النبي ﷺ عن إنكار قولٍ قِيل، أو فِعْلٍ فُعِل ، بين يديه ، أو في عصره وعَلم به »[2].

فسكوت النبي ﷺ عن قائله أو فاعله وتقريره له دليل على إباحته ، فإن النبي ﷺ لا يسكت على منكر .

---

(١) ينظر هذه الأنواع وغيرها في كتاب : أفعال الرسول ﷺ ودلالتها على الأحكام الشرعية ، للدكتور : محمد سليمان الأشقر، الذي يُعدّ من أفضل المؤلفات التي ألفت في بيان حجية أفعال النبي ﷺ ، حيث استقصى جميع ما يمكن أن يدخل تحت هذا النوع من السنة .

(٢) الأشقر: المصدر السابق، ٨٩/٢.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

ومن ذلك ما أقرّهم النبي ﷺ عليه من البيوع والإجارات والشركات ، وكأنواع المآكل التي يأكلونها ، والملابس والهيئات التي كانوا يتخذونها .

هذا وقد أجمل ابن القيم الصيغ والأساليب التي تستفاد منها الإباحة ، فقال : « وتُستفاد الإباحة من لفظ الإحلال ، ورفع الجناح ، والإذن ، والعفو ، ومن السكوت عن التحريم ، ومن الإقرار على الفعل في زمن الوحي ، وهو نوعان : إقرار الربّ تبارك وتعالى[1]، وإقرار رسوله »[2] .

---

(١) اختلف الأصوليون في حجية إقرار الله تعالى لما كان الصحابة يفعلونه في عصر نزول الوحي ، فالجمهور يشترطون علم النبي ﷺ بالفعل ، وبعض العلماء كابن تيمية وابن القيم يرون أنه حجة وإن لم يبلغ النبي ﷺ ، ويستدلون على ذلك بحديث جابر عند مسلم : " كنا نعزل والقرآن ينزل ، فلو كان شيئاً يُنهى عنه لنهانا عنه القرآن " ، ينظر : أبو زنيد : عبد الحميد علي ، إقرار الله جل جلاله في زمن النبوة ومدى الاحتجاج به ، ط ١ ، ١٤١٠ هـ - ١٩٩٠ م ، ص : ١٤ - ١٥ ، والأشقر ، أفعال الرسول ﷺ ودلالتها على الأحكام الشرعية ، ٢ / ١٥٩- ١٦٠ .

(٢) ابن القيم: محمد بن أبي بكر الزرعي . بدائع الفوائد ، تحقيق: هشام عطا عادل عبد الحميد، مكة المكرمة- السعودية، مكتبة الباز، ط١، ١٤١٦هـ-١٩٩٦م، ٤/٨١٣.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

المطلب الثالث

أقسام المباح

بعد أن اتضح فيما سبق حقيقة المباح والصيغ التي يُستفاد منها ، أتجه في هذا المطلب للحديث عن أقسام المباح وأنواعه .

وجدير بالذكر أن يُقال إن أغلب الفقهاء القدامى لم يعتنوا ببيان أقسام المباح ، وحتى من تعرض منهم لبيان هذه الأقسام ، إنما قسّمه بالنظر إلى أمور خارجة عن ذات المباح ، كما سيتّضح فيما بعد ، وقد قسّم بعض الفقهاء المعاصرين المباح إلى عدة أقسام باعتبارات مختلفة ، وسأكتفي بذكر أهم هذه التقسيمات ، وهي كالتالي :

أولاً : أقسام المباح باعتبار مصدره :

تقرر فيما سبق أن الفقهاء قسّموا المباح باعتبار مصدره إلى قسمين ، هما :

١. مباح مصدره الشرع : وهو المباح الذي ورد دليل من الشرع على إباحته ، سواء كان هذا الدليل نصاً أو غيره من مصادر التشريع الأخرى .

٢. مباح مصدره العبد : وهو المباح الذي أذن فيه الأفراد بعضهم لبعض بإباحته ، وهذه الإباحة تتحقق في كل صورة تتضمن إذناً عاماً أو خاصاً ، سواء كانت هذه الإباحة إباحة استهلاك أو إباحة انتفاع ، فيندرج تحت هذا النوع أنواع المعاملات والتصرفات التي تجري كثيراً بين الأفراد[1].

---

(١) ينظر مذكور، نظرية الإباحة، ص: ١٠٤.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

غير أن هذا النوع من الإباحة مقيد بألا يكون ذلك على وجه يأباه الشرع ؛ لأن الأصل أن أفعال العباد يجب أن تكون على مقتضى إذن الشرع ، فإذا تعارض إذن العبد مع إذن الشرع فلا تتحقق الإباحة .

ويدخل ضمن هذا النوع الثاني ما يبيحه ولي الأمر للرعية ، فهو أيضاً مُقيَّد بعدم معارضته لإذن الشرع ، إضافة إلى وجوب تحقق المصلحة العامة في هذه الإباحة ، فإن تصرف ولي الأمر على رعيته منوط بالمصلحة[1].

وهكذا نخلص إلى أن مردّ الإباحة في الأفعال بنوعيها إلى إذن الشارع أصلاً .

ثانياً : أقسام المباح باعتبار الدليل :

ذُكر أن من أنواع المباح ما أذن الشارع فيه ، والإذن من الشارع له طرق عديدة ، فقد يكون الإذن عن طريق النص ، وأحياناً يكون الإذن بعدم التعرّض لحكمه ، ومن هنا قسّم العلماء المباحات الشرعية إلى نوعين : الإباحة الشرعية ، والإباحة الأصلية .

وأما الإباحة التي مصدرها العباد فلا تحتاج دائماً إلى عبارة تدل عليها ، بل تحصل بكل ما يفيد عرفاً الإباحة ، بخلاف المباحات التي مصدرها الشرع .

١. **الإباحة الشرعية** :نعني بالإباحة الشرعية : كل مباح ثبتت إباحته بدليل شرعي ، سواء كان هذا الدليل صريحاً في الدلالة على الإباحة أم لا ، وقد تقدّم بيان ذلك في المطلب السابق .

٢. **الإباحة الأصلية**: وهو ما لم يرد بخصوصه دليل شرعي ، لا صراحة ولا ضمناً ، فهذا النوع لم يتعرض له الشرع ، بل بقي على أصله ، وهو ما يُسمّى بالبراءة الأصلية .

---

(١) ينظر: التونجي، عبد السلام، مؤسسة الإباحة في الشريعة الإسلامية، طرابلس – ليبيا، منشورات جمعية الدعوة الإسلامية العالمية، ٢٠٠٧م، ص: ٢٥-٢٦.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

وهنا يرد السؤال : ما حكم الأشياء التي لم يتعرض لها الشرع ؟

الرأي الذي استقرّ عليه العمل عند أغلب الفقهاء المعاصرين ، حتى عُدّ القول بخلافه شذوذاً ، مع أن الخلاف بين الفقهاء المتقدمين كان موجوداً[1] ، هو أن الأصل في الأشياء الإباحة [2].

والأدلة على أن الأصل في الأشياء الإباحة كثيرة ،منها قوله تعالى : ﴿ هُوَ ٱلَّذِى خَلَقَ لَكُم مَّا فِى ٱلْأَرْضِ جَمِيعًا ﴾[3]، وقوله تعالى:﴿ قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ ٱللَّهِ ٱلَّتِىٓ أَخْرَجَ لِعِبَادِهِۦ وَٱلطَّيِّبَٰتِ مِنَ ٱلرِّزْقِ ﴾[4]، وعن أبي ثعلبة الخشني أن رسول الله ﷺ قال: « إن الله فرض فرائض فلا تضيعوها ، وحرّم أشياء فلا تنتهكوها ، وعفا عن أشياء رحمة بكم لا عن نسيان فلا تبحثوا عنها »[5]..

فهذه الأدلة وغيرها صريحة في أن الأصل في الأشياء المسكوت عنها هو الإباحة ، فكل ما لم يرد في شأنه أمر ونهي في الكتاب والسنة فهو مباح .

ويتفرّع على هذا الأصل قواعد عديدة ، منها : أن الأصل في العقود الإباحة ، والأصل في الشروط الإباحة والصحة ، والأصل في العادات عدم التحريم ، ونحوها من القواعد الأخرى[6] .

---

(١) اختلف الفقهاء القدامى في حكم الأشياء التي لم يرد فيها نص على ثلاثة أقوال ، القول الأول : أن الأصل في الأشياء الإباحة ، ونسبه الشوكاني للجمهور ، الثاني : الأصل في الأشياء المنع ، وينسب للحنفية ، والثالث : التوقف ، ينظر هذه الآراء وأدلتها في : الزركشي : محمد بن بهادر ، البحر المحيط في أصول الفقه ، الكويت – وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ، ط ٢ ، ١٤١٣ هـ - ١٩٩٢ م ، ٦/١٢- ١٥ ، الشوكاني : محمد بن علي ، إرشاد الفحول إلى تحقيق علم الأصول ، تحقيق: محمد سعيد البدري أبو مصعب ، بيروت - لبنان ، دار الفكر / ط١ ، ١٤١٢هـ -١٩٩٢م ،ص ٤٧٣ .

(٢) ينظر : القرضاوي : يوسف ، الحلال والحرام في الإسلام ، دمشق – سوريا ، المكتب الإسلامي ، ط١٣ ، ١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م ، ص : ٢٠ .

(٣) سورة البقرة : الآية ٢٩.

(٤) سورة الأعراف : الآية ٣٢.

(٥) الدارقطني ، علي بن عمر ، سنن الدارقطني ، تحقيق : السيد عبدالله المدني ، بيروت – لبنان ، دار المعرفة ، ١٣٨٦هـ - ١٩٦٦م ، ٤/ ١٨٤ ، قال ابن حجر : له شاهد من حديث سلمان وابن عباس ، ينظر : ابن حجر ، احمد بن علي ، فتح الباري بشرح صحيح البخاري ، تحقيق : محب الدين الخطيب ، بيروت – لبنان ، دار المعرفة ، ١٣/٢٦٦.

(٦) السيوطي : عبد الرحمن بن أبي بكر، الأشباه والنظائر، بيروت – لبنان، دار الكتب العلمية، ط١، ١٤٠٣هـ ، ص :٦٠ .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

غير أن هذه القاعدة ـ كسائر القواعد ـ لها مستثنيات ، هذه المستثنيات هي بمثابة المخصص أو المقيد لهذه القاعدة ، فتبقي القاعدة الكلية مطردة فيما عدا الصور المستثناة.

وأهم الأصول الطارئة على هذه القاعدة التي عدّها العلماء مستثناة من حكمها : الأصل في المضار التحريم ، والأصل في العبادات التوقيف ، والأصل في الأبضاع التحريم ، والأصل في الأموال التحريم ، والأصل في الأنفس والأعراض الحرمة[1].

ثالثاً : أقسام المباح بحسب الأصالة والطرو :

قسّم بعض العلماء المباح بحسب أصالته وطروءه إلى قسمين :

١. المباح الأصلي : وهو المباح الذي لم يُسبق بحكم يخالف الإباحة ، سواء كان هذا المباح استفيد عن طريق النص أو غيرها من الأدلة الشرعية .

٢.المباح الطارئ : وهو المباح الذي سُبق بحكم يخالفه قبل وجود سبب الإباحة ، بمعنى أن الفعل في أصله كان مطلوب الفعل أو مطلوب الترك شرعاً ، ثم عرض له سبب يقتضي إباحته تخفيفاً على العباد ورفقاً بهم ، وهذه الإباحة إما أن تكون مقيدة بحال كالرخص ، أو مطلقة كما في النسخ[2].

وتطرأ الإباحة على كل من المحظور والواجب ، فالمحظور يصير في بعض الأحيان مباحاً ، كما يصير الواجب أحياناً كذلك ، فمن الأسباب التي يصير بها كل من المحظور والواجب مباحاً : النسخ ، والرخصة ، والمصلحة ، والعرف ، والذرائع ، وغير ذلك[3].

---

(١) السيوطي : الأشباه والنظائر، ص :٦٠-٦٣ ، البورنو : محمد صدقي بن أحمد ، موسوعة القواعد الفقهية ، بيروت – لبنان ، مؤسسة الرسالة ، ط١ ، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م ، ٢/٤٢ .

(٢) ينظر: مدكور، نظرية الإباحة، ص: ٣٦٩.

(٣) من أمثلته نسخ الحظر في زيارة القبور كما في قوله ﷺ: "كنت نهيتكم عن زيارة القبور، ألا فزوروها" فنسخ التحريم إلى الإباحة ، ومن أمثلة الرخصة : إباحة السلم، فإنها رخصة من تحريم بيع الإنسان ما ليس عنده ، ومن أمثلة المصلحة : إباحة جمع القرآن في مصحف واحد لمصلحة حفظ القرآن الكريم ، ومن أمثلة العرف : إباحة جهالة الأجر فيما تعارف الناس عليه مما لا يفضي للنزاع ، ومن أمثلة =

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

ويُلاحظ هنا أن هذه الأسباب كان لها دور في تغيير الحكم من الوجوب أو الحظر إلى الإباحة ، فهل سيكون لها دور أيضاً في تغيير الحكم من الإباحة إلى الوجوب أو الحظر؟ .

رابعاً : تقسيم المباح باعتبار المآل :

قسّم الشاطبي المباح تقسيماً يختلف عن تقسيم غيره ، كشأنه في سائر المواضيع ، وأساس ذلك هو تأثره بنظرية المقاصد ، وهيمنتها على مباحثه الأصولية .

هذا التقسيم من الشاطبي ليس بالنظر إلى ذات المباح ، وإنما هو تقسيم بالنظر إلى أمور خارجة عن ذات المباح ، وبيان هذه التقسيمات كما يلي :

١. تقسيم المباح باعتبار كونه ذريعة إلى غيره :

الشاطبي حين نظر إلى المباح باعتبار كونه وسيلة إلى مقاصد وغايات ، رأى أنه ينقسم إلى ثلاثة أقسام :

أ- قِسم يكون ذريعة إلى منهي عنه ، فيكون من تلك الجهة مطلوب الترك ، وهذا الطلب قد يكون جازماً وهو الحرام ، وقد يكون غير جازم وهو المكروه .

ب- قِسم يكون ذريعة إلى مأمور به ، فيكون مطلوب الفعل ، طلباً جازماً أو غير جازم .

ج- قسم لا يكون ذريعة إلى شيء ، وهو المباح المطلق ، وهذا النوع قلّ أن يوجد ، فإن كل فرد من أفراد المباح صالح لأن يدخل في القسمين الأولين ، ولذا يقول الشاطبي بعد ذكره النوع الأخير: « وعلى الجملة فإذا فُرض أن هذا المباح ذريعة إلى غيره فحكمه حكم ذلك الغير »[1].

=

الذرائع : النظر إلى المخطوبة فهي ذريعة للتعرف على المخطوبة ، مستثناة من حرمة النظر إلى الأجنبية ، ينظر : مدكور ، نظرية الإباحة ، ص: ٣٧٠ .

(١) الشاطبي، الموافقات، ١/١١٤.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

وواضح من هذا التقسيم أن الذرائع لها أثر في تغيير الأحكام ، فالمباح يصير غير مباح بالمقاصد والأمور الخارجية ، فالذرائع المذمومة تصيّر المباح مذموماً ، كما أن الذرائع المحمودة تصيّره محموداً .

٢. **تقسيم المباح باعتبار الكلية والجزئية :**

يقسّم الشاطبي أيضاً المباح من حيث الكلية والجزئية ، فيقول : « إن الإباحة بحسب الكلية والجزئية يتجاذبها الأحكام البواقي ، فالمباح يكون مباحاً بالجزء ، مطلوباً بالكل على جهة الندب ، أو الوجوب ، ومباحاً بالجزء منهياً عنه بالكل على جهة الكراهة ، أو المنع »[1]، وعلى هذا التقسيم فالمباح أربعة أنواع :

أ- مباح بالجزء مطلوب بالكل على جهة الندب ، وذلك كالتمتع بالطيبات من المآكل والمشارب والملابس ، فيما زاد عن حدّ الضرورة ، فالتوسع في هذه النعم والتمتع بها أمر مباح في حق الأفراد ، ولكنه بالنسبة لمجموع الناس في مجموع حياتهم أمر مطلوب ، مرغوب في فعله ، فهو بحسب الكلية مندوب ، وبحسب الجزئية مباح .

ب- مباح بالجزء مطلوب بالكل على جهة الوجوب ، كالأكل والشرب ، ووطء الزوجات ، والبيع والشراء ، وسائر الحرف والمهن ، فهي من الناحية الجزئية مباحات ، بمعنى أنه يجوز من الأفراد فعلها أحياناً وتركها أحياناً أخرى ، ولكن لو فرض ترك الناس كلهم ذلك ، لكان تركاً لما هو من الضروريات المأمور بها ، فتكون مطلوبة الفعل على جهة الوجوب ، فهي مباحة جزئياً ، واجبة كلياً .

ج- مباح بالجزء منهي عنه بالكل على جهة الكراهة ، وقد مثّل له الشاطبي بالتنزّه في البساتين ، واللعب واللّهو ونحوها ، فمثل هذه الأمور مباحة بالجزء إذا ما فعلت باعتدال

---

(١) الشاطبي، الموافقات، ١/١٣٠.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

في بعض الأوقات، وأما الإكثار منها والإسراف فيها فهو على خلاف محاسن العادات ، فتصير مكروهة.

د- مباح بالجزء منهي عنه بالكل على جهة التحريم ، وقد مثّل له الشاطبي بالمباحات التي تقدح في العدالة بالمداومة عليها ، فبعض المباحات تصيّر محرمة بالإدمان عليها والإفراط فيها ، لأنها حينئذ تصير آفة مستحكمة ، ومضيعة للعمر، ومن الأمثلة المعاصرة على هذا النوع : الجلوس في المقاهي وما أشبهها الساعات الطوال ، فلا شك أن هذا المباح قد ينقلب محرماً[1].

وينتهي الشاطبي إلى التقرير بأن كل مباح ليس بمباح على إطلاق ، وأن ذلك لا يتناقض مع ما تقدم من أن المباح هو المستوى الطرفين ، لأن ذلك الذي تقدم هو من حيث النظر إليه في نفسه من غير اعتبار أمر خارج ، وهذا التقسيم من حيث تأثير الأمور الخارجة عنه[2] .

ويُلاحظ هنا أيضاً أن مبنى التفريق بين المباح المطلوب الفعل بالكل وبين المباح المطلوب الترك بالكل هو التفريق بين كل من الإباحة والعفو ، فمن الناحية الجزئية الفردية يتفق الإباحة والعفو ـ على رأي من يفرق بينهما[3] ـ من حيث النتيجة ، وهو جواز الفعل والترك ، غير أنهما يفترقان في نظر الشارع من الناحية الكلية ، فالمباح ـ وهو ما ورد النص بالتخيير فيه ـ يكون خادماً لأمر مطلوب الفعل ، فيكون مطلوب الفعل بالكل.

---

(١) الشاطبي، المصدر السابق، ١/١٣١-١٣٢، الريسوني : أحمد ، نظرية المقاصد عند الشاطبي ، فرجينيا – أمريكا ، المعهد العالمي للفكر الإسلامي ، ط٤ ، ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م ، ص : ١٨٥ – ١٨٦.

(٢) الشاطبي، المصدر السابق، ١/١٤٢-١٤٣.

(٣) بعد اتفاق الجمهور على أن ما لم يتعرّض له بإثبات حكم معين فيه يدل على رفع الحرج عن الفعل والترك ، اختلفوا في عدّ هذه الدلالة حكماً شرعياً ، فبعضهم يرى أن حكمها الإباحة ، وآخرون يرون أن الوقائع المعفو عنها لا حكم فيها ، وثمرة الخلاف تظهر فيما سبق . ينظر: ضمره، عبد الجليل زهير، الحكم الشرعي بين أصالة الثبات والصلاحية، عمّان – الأردن، دار النفائس، ط١، ١٤٢٦هـ-٢٠٠٦م، ص: ١٠٠ .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

وأما المعفو عنه ـ وهو ما سكت الشارع عن حكمه ـ فهو من الناحية الكلية خادم لأمر مطلوب الترك ، فيكون مطلوب الترك بالكل[1].

وخلاصة ما سبق أن المباح يمكن تقسيمه إلى تقسيمات عديدة باعتبارات مختلفة ، هذه التقسيمات منها ما هو راجع إلى ذات المباح ، ومنها أيضاً ما يكون راجعاً إلى أمور خارجة عن ذات المباح كما بيّنا سابقاً .

(١) ينظر: ضمره، الحكم الشرعي بين أصالة الثبات والصلاحية، ص: ١٠٨-١٠٩.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

المطلب الرابع

آثار المباح ومقاصده

بعد هذا العرض السريع الذي تبيّن فيه حقيقة المباح وأقسامه ، أتجه الآن للحديث في عدة أمور تتعلق بالمباح ذات أثر في الموضوع ، وأتحدث عن كل أمر من هذه الأمور في فرع مستقل كما يلي :

الفرع الأول : آثار الإباحة :

علمنا مما سبق أن المباح في الشرع يطلق بإطلاقين : أحدهما : المخير فيه بين الفعل والترك ، والثاني: ما لا حرج فيه ، وعليه فإذا ثبتت الإباحة ثبت لها من الآثار ما يلي :

أولاً : رفع الإثم والحرج :

إذا ثبت في الشرع إباحة أمر من الأمور ، فإن ذلك يرفع عن الإنسان الإثم والحرج في فعل هذا الأمر أو تركه ، وهذا الأمر قد أجمع عليه العلماء ، وهذا بالنظر إلى الإباحة فقط دون العوارض والطوارئ التي قد تطرأ على هذا الفعل فتجعله مطلوب الفعل أو مطلوب الترك كما بيّنا .

ورفع الحرج قد يكون صراحة كما في الآيات التي تنفي الجناح والمؤاخذة والإثم ، وقد يكون لازماً للإباحة كما في الآيات التي جاء فيها التخيير[1].

ثانياً : الإذن في الفعل والترك :

ذكرنا أن أساليب الشرع في الدلالة على الإباحة متنوعة ، فقد يرد النص بالتخيير ، وقد يرد برفع الحرج ، وعلى كلا النوعين فإذا ثبتت الإباحة فقد خيّر الإنسان في الفعل والترك ، إلا أنه في

---

(١) ينظر: الشاطبي، الموافقات، ١/ ١٤٠.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

الأول كان الإذن والتخيير صريحاً ، وفي الثاني لم يكن صريحاً بل لازماً ، فالإذن في النوع الثاني من باب ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب[1].

الفرع الثاني : مقاصد الشرع في المباح :

يتّضح مما سبق أن دائرة المباح هي الدائرة الأوسع في الشريعة ، فإن النسبة بين ما هو مطلوب الفعل أو مطلوب الترك ، وبين ما هو مخير فيه بين الفعل والترك ، تميل لصالح الثاني منهما.

وباستقراء بعض آيات القرآن الكريم وبعض النصوص الواردة في السنة النبوية ، نجد أنها تشير إلى بعض الحِكم والمقاصد من توسيع هذه الدائرة ، نذكر منها ما يلي :

أولاً : التمتع بالمباحات والتنعم بها والشكر عليها ، قال سبحانه : ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُلُواْ مِن طَيِّبَـٰتِ مَا رَزَقْنَـٰكُمْ وَٱشْكُرُواْ لِلَّهِ إِن كُنتُمْ إِيَّاهُ تَعْبُدُونَ ﴾[2]، وقال تعالى : ﴿ فَكُلُواْ مِمَّا رَزَقَكُمُ ٱللَّهُ حَلَـٰلًا طَيِّبًا وَٱشْكُرُواْ نِعْمَتَ ٱللَّهِ ﴾[3].

ثانياً: الردّ على المنكرين للمباحات الذين شدّدوا على أنفسهم وعلى الناس، قال تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تُحَرِّمُواْ طَيِّبَـٰتِ مَآ أَحَلَّ ٱللَّهُ لَكُمْ ﴾[4]،وقال سبحانه:﴿ قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ ٱللَّهِ ٱلَّتِىٓ أَخْرَجَ لِعِبَادِهِۦ وَٱلطَّيِّبَـٰتِ مِنَ ٱلرِّزْقِ ۚ قُلْ هِىَ لِلَّذِينَ ءَامَنُواْ فِى ٱلْحَيَوٰةِ ٱلدُّنْيَا خَالِصَةً يَوْمَ ٱلْقِيَـٰمَةِ ۗ ﴾[5].

---

(١) ينظر: الشاطبي، المصدر السابق، ١/١٤٥.

(٢) سورة البقرة: الآية ١٧٢.

(٣) سورة النحل: الآية ١١٤.

(٤) سورة المائدة: الآية ٨٧.

(٥) سورة الأعراف: الآية ٣٢.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

ثالثاً : التوسعة على العباد والرفق بهم والتخفيف عنهم ، قال سبحانه : ﴿ وَيُحِلُّ لَهُمُ ٱلطَّيِّبَٰتِ وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ ٱلْخَبَٰٓئِثَ وَيَضَعُ عَنْهُمْ إِصْرَهُمْ وَٱلْأَغْلَٰلَ ٱلَّتِى كَانَتْ عَلَيْهِمْ ﴾[1] ،

وعن أبي ثعلبة الخشني أن رسول الله ﷺ قال « إن الله فرض فرائض فلا تضيعوها ، وحرّم أشياء فلا تنتهكوها ، وعفا عن أشياء رحمة بكم لا عن نسيان فلا تبحثوا عنها »[2].

منطقة العفو :

الحديث السابق يشير إلى حكمة الشرع في سكوته عن حكم كثير من الأشياء ، والتي يسمّيها الشيخ القرضاوي بمنطقة العفو .

فإن هذه المنطقة متروكة قصداً من الله تعالى ، عفواً وتوسعة على عباده ورحمة بهم ، ليُمارس المكلفون أعمالهم بما استقرّ عندهم من أعراف اجتماعية واقتصادية وسياسية وإدارية ، تحقيقاً لمصالحهم ورفعاً للحرج عنهم .

ويُضيف القرضاوي أيضاً أن ملء هذه المنطقة بالتشريع متروك لاجتهاد المجتهدين ، ما داموا أهلاً للاجتهاد ، يختارون لها ما يناسب زمانهم ومكانهم ، في ضوء النصوص ومقاصد الشريعة العامة .

وعلى هذا فإن الوقائع المعفو عنها إذا عرض عليها وصف مؤثر يقتضي خروجها عن منطقة العفو إلى التحريم أو الإيجاب ، فإن هذا لا يُعدّ تغييراً للأحكام الشرعية[3] .

---

(١) سورة الأعراف: الآية ١٥٧.

(٢) سبق تخريجه ص ٣٣.

(٣) ينظر : القرضاوي : يوسف ، السياسة الشرعية في ضوء نصوص الشريعة ومقاصدها ، القاهرة – مصر ، مكتبة وهبة ، ط٢ ، ١٤٢٦هـ – ٢٠٠٥م ، ص : ٧٠-٧١ .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library - Yarmouk University

الفرع الثالث : ضوابط المباح :

إذا كانت دائرة المباح هي أوسع الدوائر في الشريعة الإسلامية ، فإن ذلك لا يعني أن هذه الدائرة خالية من الضوابط والقيود التي تضمن استعمال المباح والانتفاع بما أحلّه الله تعالى ضمن قواعد الشرع ومقاصده .

ومن أهم الضوابط التي ذكرها العلماء[1] في المباح ما يلي :

أولاً : إن المباح إنما شرّع لتحقيق مصلحة قصدها الشارع ، فينبغي أن يكون قصد المكلف في المباح موافقاً لمقاصد الشريعة ، لأن استعمال المباح في غير ما شُرع له من المصلحة تعسف ومناقضة لقصد الشارع ، يقول الشاطبي : « كل من ابتغى في تكاليف الشريعة غير ما شرعت له فقد ناقض الشريعة ، وكل من ناقضها فعمله في المناقضة باطل ، فمن ابتغى في التكاليف ما لم تُشرع له فعمله باطل ، فإن المشروعات إنما وُضعت لتحصيل المصالح ودرء المفاسد »[2] .

ثانياً : ألا يكون المباح وسيلة للإضرار بالغير ، فإن استعمال المباح لمجرد الإضرار بالغير تعسف ، فلا ضرر ولا ضرار .

ثالثاً : ألا يكون استعمال المباح مفضياً إلى مفسدة عامة ، فإن المصلحة العامة مقدمة على المصلحة الخاصة ، فإذا كان المباح مآله إلى مضرّة راجحة في بعضها الظروف قد يُمنع ، لأن درء المفسدة مقدم على جلب المصلحة.

رابعاً : التوسط والاعتدال ، ومن هنا اشترط الفقهاء في استعمال المباح عدم الإخلال بالواجبات .

إلى غير ذلك من الضوابط التي من شأنها أن تجعل المباح خارجاً عن اتباع الهوى ، منضبطاً تحت أحكام الشرع ، فلا يكون وسيلة وذريعة إلى المفاسد والمحرمات .

---

(١) ينظر: الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، ص: ٢٥ .

(٢) الشاطبي، الموافقات، ٣٣٣/٢.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

الفصل الأول

التأصيل الشرعي لتقييد المباح

في الأحوال الشخصية

وفيه تمهيد وثلاثة مباحث :

تمهيد : مصادر تقييد المباح

المبحث الأول : حقيقة تقييد المباح

المبحث الثاني : مشروعية تقييد المباح

المبحث الثالث : الإلزام بتقييد المباح

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

مصادر تقييد المباح في مسائل الأحوال الشخصية[1]:

إذا كانت دائرة المباح هي الدائرة الأوسع في الشريعة الإسلامية ، وإذا كان الأصل في الأشياء الإباحة ، فإن ذلك لا يعني أن هذا الأصل وتلك الدائرة تُركت مطلقة بلا قيد ولا ضابط ، ذلك أن الناظر في القيود التي جاءت بها الشريعة يستطيع أن يُقسّمها إلى ثلاثة أقسام ، وهي : القيود الأصلية، والقيود الإرادية ، والقيود الاستثنائية ، هذه القيود التي وضعت على المباح تخرجه عن دائرة التخيير إلى دائرة الطلب فعلاً أوتركاً .

١- القيود الأصلية :

المراد بالقيود الأصلية : القيود التي مصدرها الشرع ، أي الواردة في كتاب الله تعالى أو في سنة رسوله ﷺ ، أو التي استنبطها الفقهاء من الأدلة الشرعية .

فإن الشريعة لم تدع مسائل الأحوال الشخصية على أصلها في الإباحة ، بل نظّمت أصولها ، وضبطت قواعدها وأحكامها بما يحقق المصلحة ويدفع المفسدة .

فالشرع مثلاً قيّد إباحة الخِطبة بمنع الخِطبة على الخِطبة ، يقول رسول الله ﷺ : « المؤمن أخو المؤمن ، فلا يحل للمؤمن أن يبتاع على بيع أخيه ، ولا يخطب على خِطبة أخيه حتى يذر »[2].

وقيّد إباحة الزواج بمنع زواج المحارم ، والجمع بين الأختين، يقول تعالى : ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَٰتُكُمْ وَعَمَّٰتُكُمْ وَخَٰلَٰتُكُمْ وَبَنَاتُ ٱلْأَخِ وَبَنَاتُ ٱلْأُخْتِ وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِى

(١) أصل هذا التقسيم ذكره الأستاذ عبد السلام العبادي في كتابه:الملكية في الشريعة الإسلامية ،ينظر : العبادي ، عبد السلام داود، الملكية في الشريعة الإسلامية، عمّان - الأردن، مكتبة الأقصى، ط١، ١٣٩٥هـ-١٩٧٥م،٢/٥-٦.

(٢) مسلم ، صحيح مسلم ، كتاب النكاح ، باب تحريم الخطبة على خطبة أخيه ، ح(١٤١٤) .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَٰتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَٰعَةِ وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمْ وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِى فِى حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ ٱلَّٰتِى دَخَلْتُم بِهِنَّ فَإِن لَّمْ تَكُونُوا۟ دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ وَحَلَٰٓئِلُ أَبْنَآئِكُمُ ٱلَّذِينَ مِنْ أَصْلَٰبِكُمْ وَأَن تَجْمَعُوا۟ بَيْنَ ٱلْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ ﴾[1] ، ونهى رسول الله ﷺ عن الجمع بين المرأة وعمتها ، وبين المرأة وخالتها ، فعن أبي هريرة ﷺ قال : قال رسول الله ﷺ : « لا يجمع بين المرأة وعمتها ، ولا بين المرأة وخالتها »[2].

وأباح زواج الرجل بأكثر من زوجة ، وقيده بأربع زوجات بشرط العدل ، قال تعالى : ﴿ فَٱنكِحُوا۟ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ مَثْنَىٰ وَثُلَٰثَ وَرُبَٰعَ ۖ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا۟ فَوَٰحِدَةً ﴾[3].

وأباح الطلاق وقيده في الكيفية وزمن الوقوع ، فمنع الزيادة على طلقة واحدة[4]، ومنعه في زمن الحيض[5].

وقيد الشرع إباحة الوصية بألا تكون لأحد الورثة ، لحديث « إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث »[6]، وقيدت أيضاً بألا تتجاوز الثلث ، فعن سعد بن أبي وقاص ﷺ قال :

---

(١) سورة النساء: ٢٣-٢٤. ومن اللطائف أن العز بن عبد السلام توقف عن معرفة مفسدة نكاح المحارم فقال : « وفي نكاح المحارم مفسدة لم أقف عليها ، لأن قضاء الأوطار برّ وإحسان ، موجب للمودة والرحمة ، فهلا جاز مع الأقارب لما فيه من برهن وقضاء أوطارهن كما جاز في بنات الأعمام والعمات والأخوال والخالات...، والنفرة التي نجدها إنما هي من استهتار تحريمهن!!!» ابن عبد السلام، قواعد الأحكام ، ٢٩٣/١.

(٢) البخاري ، صحيح البخاري ، كتاب النكاح ، باب لا تنكح المرأة على عمتها، ح (٤٨٢٠)، مسلم ، صحيح مسلم ، كتاب النكاح ، باب تحريم الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها ، ح(١٤٠٨) .

(٣) سورة النساء: ٣ .

(٤) ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الزيادة على طلقة واحدة في مجلس واحد محرّم ، يقول ابن تيمية : « وأما جمع الطلقات الثلاث ففيه قولان : أحدهما: أنه محرم ، وهو قول أكثر العلماء من الصحابة والتابعين ومن بعدهم، وهذا ما ذهب إليه أبو حنيفة ومالك وأحمد في إحدى الروايتين عنه...، والقول الثاني: أن جمع الثلاث ليس بمحرم، بل هو ترك للأفضل، وهو مذهب الشافعي والرواية الأخرى عن أحمد » ، ابن تيمية، أحمد بن عبد الحليم، مجموع الفتاوى، تحقيق: عبد الرحمن العاصمي، الرياض – السعودية، دار ابن تيمية، ٧٦/٣٣-٧٧.

(٥) عن ابن عمر ﷺ أنه طلق امرأته وهي حائض ، فسأل عمرُ النبي ﷺ فقال : « مره فليراجعها ، ثم ليمسكها حتى تطهر، ثم تحيض ، ثم تطهر، ثم إن شاء أمسك بعد وإن شاء طلق قبل أن يمس، فتلك العدة التي أمر الله أن تطلق لها النساء » ، البخاري ، صحيح البخاري ، كتاب الطلاق ، ح (٤٩٥٣)، مسلم ، صحيح مسلم ، كتاب الطلاق ، باب تحريم طلاق الحائض ...، ح (١٤٧١) .

(٦) أبو داود ، سنن أبي داود ، كتاب البيوع ، باب في تضمين العارية ، ح(٣٥٦٥) الترمذي ، سنن الترمذي ، كتاب الوصايا، باب ما جاء لا وصية لوارث ، ح(٢١٢١) ، والنسائي ، سنن النسائي ، كتاب الوصايا، باب إبطال الوصية للوارث، ح(٦٤٦٨) ابن ماجه ، سنن ابن ماجه ، كتاب =

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

« عَادَنِي النبي ﷺ في حَجَّةِ الْوَدَاعِ من وَجَعٍ أَشْفَيْتُ منه على الْمَوْتِ فقلت يا رَسُولَ اللَّهِ بَلَغَ بِي من الْوَجَعِ ما تَرَى وأنا ذُو مَالٍ ولا يَرِثُنِي إلا ابْنَةٌ لي وَاحِدَةٌ أَفَأَتَصَدَّقُ بِثُلُثَيْ مَالِي قال لَا قلت أَفَأَتَصَدَّقُ بِشَطْرِهِ قال لَا قلت فَالثُّلُثُ قال وَالثُّلُثُ كَثِيرٌ...»[1]، وعن أبي هريرة ﷺ أن رسول الله ﷺ قال : « إن الله تصدق عليكم عند وفاتكم بثلث أموالكم زيادة على أعمالكم »[2].

والأمثلة على القيود الأصلية التي ورد بها الشرع في مسائل الأحوال الشخصية كثيرة ، وهي قيود تنظم وتضبط أمور الزواج والطلاق بما يحقق المصلحة ويدفع المفسدة .

ومن خصائص هذه القيود أنها أصلية ، بمعنى أنها ليست من الأحكام التي تتغيّر بتغيّر الزمان والمكان والعرف ونحوها.

٢- القيود الإرادية :

وهي القيود التي أذن الشرع فيها للمكلف أن يقيّد بها ما أُبيح له ، ويحدّ من تصرفه فيه .

فقد أذن الشرع للمكلف أن يقيّد المباح ، سواء كان التقييد بواسطة الإرادة المنفردة عن طريق اليمين والنذر ، أو بالإرادة العقدية عن طريق الشروط العقدية ، التي يؤكد رسول الله ﷺ على وجوب الوفاء بها في أمور الزواج بقوله ﷺ : « أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج »[3].

=

الوصايا ، باب لا وصية لوارث ، ح(٢٧١٢) قال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح ، وقال عنه ابن حجر : حديث حسن الإسناد ، ينظر: ابن حجر، التلخيص الحبير، ٣/٩٢.

(١) البخاري ، صحيح البخاري ، كتاب الوصايا ، باب أن يترك ورثته أغنياء خير من أن يتكففوا الناس، ح(٢٥٩١) مسلم ، صحيح مسلم ، كتاب الوصية ، باب الوصية بالثلث ، ح(١٦٢٨) .

(٢) ابن ماجه ، سنن ابن ماجه ، كتاب الوصايا ، باب الوصية بالثلث ، ح(٢٧٠٩) قال ابن حجر في التلخيص: وإسناده ضعيف ، ينظر: ابن حجر، التلخيص الحبير، ٣/٩١، وقال ابن الملقن: وفي إسناده طلحة بن عمرو المكي وقد ضعفوه ، ينظر: ابن الملقن، سراج الدين عمر بن علي، البدر المنير في تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير، تحقيق: مصطفى أبو الغيط، وعبد الله بن سليمان، وياسر بن كمال، الرياض – السعودية ، دار الهجرة ، ط الأولى، ١٤٢٥هـ-٢٠٠٤م، ٧/٢٥٤.

(٣) البخاري ، صحيح البخاري ، كتاب الشروط، باب الشروط في المهر ...، ح(٢٥٧٢) ومسلم ، صحيح مسلم ، كتاب النكاح، باب الوفاء بالشروط في النكاح، ح(١٤١٨) .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

ومع إباحة الشرع للمكلف أن يقيّد المباح بإرادته ، قيّد الشرع هذا الإذن بألا يكون هذا التقييد سبيلاً لإحلال الحرام أو تحريم الحلال ، لقول رسول الله ﷺ : « المسلمون على شروطهم ، إلا شرطاً حرّم حلالاً أو أحلّ حراماً »[1].

وفي هذا المعنى يقول القرافي : « إن الله تعالى لما شرع الأحكام جعلها على قسمين : منها ما قرّره في أصل شرعه واجباً أوممنوعاً...، ومنها ما وكله للمكلف في إيجاب ما لم يجب »[2].

٣- القيود الاستثنائية :

وهي القيود التي يفرضها ولي الأمر على بعض المباحات لمصلحة يراها ، وهذا النوع من القيود هو محل الدراسة .

ويتضح مما سبق أن مصطلح تقييد المباح مصطلح عام ، فهو يشمل تقييد المباح الذي مصدره الشرع ، وتقييد المباح الذي مصدره المكلف ، وتقييد المباح الذي مصدره ولي الأمر ، ولكن غلب استعمال هذا المصطلح في القسم الثالث وهو تقييد ولي الأمر المباح ، فإذا أُطلق هذا المصطلح انصرف إليه .

---

(١) الترمذي ، سنن الترمذي ، كتاب الأحكام ، باب ما جاء في الرقبى ، ح(١٣٥٢) وقال عنه: هذا حديث حسن صحيح، وقال ابن الملقن، « بل هو واهٍ، بسبب كثير ، فقد اتفقوا على تضعيفه » وقد حسّن الترمذي هذا الحديث لشواهده ، فقد روي هذا الحديث بإسناد آخر من حديث أبي هريرة ، فلذلك حسّنه الترمذي ،، ينظر: ابن الملقن ، البدر المنير ، ٦٨٧/٦-٦٨٨، الدارقطني ، سنن الدارقطني ، كتاب البيوع ، ٢٧/٣ ، عتر ، نورالدين ، الإمام الترمذي والموازنة بين جامعه وبين الصحيحين ،القاهرة-مصر ، مطبعة لجنة التأليف ، ط١، ١٣٩٠هـ - ١٩٧٠م ، ص٢٦٥-٢٧٢-٢٨٢ .

(٢) القرافي، الإحكام ، ص٤٠ . بتصرف.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

المبحث الأول

سلطة ولي الأمر في تقييد المباح في الأحوال الشخصية

وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : سلطات ولي الأمر

المطلب الثاني : حقيقة تقييد المباح

المطلب الثالث : التعريف بالأحوال الشخصية

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

المطلب الأول

سلطات ولي الأمر

قبل الحديث عن سلطات ولي الأمر لابدّ أولاً من بيان المقصود بولي الأمر وبيان واجباته .

الفرع الأول : التعريف بولي الأمر :

أولاً : المعنى اللغوي :

ولي الأمر مركب إضافي من كلمتين : ولي ، وأمر ، وقد ذكر أهل اللغة معنى هاتين الكلمتين فقالوا :

إن الولي من ولي الشيء، وولي عليه ، وِلاية بالكسر ، ووَلاية بالفتح ، والولاية : معناها النصرة والسلطان والإمارة ، يُقال : ولي الأمر تولاه : إذا قام به ، فالولي : كل من ولي أمراً وقام به ، ومنه ولي اليتيم الذي يقوم بشأنه[1].

وأما الأمر فيطلق ويُراد به ضد النهي ، ويجمع على أوامر ، ويطلق أيضاً ويراد به الشأن والحال ، ومنه يُقال : فلان أموره مستقيمة ، أي شأنه وحاله ، ويجمع على أمور[2] ، والمعنى الثاني هو المقصود في هذا المركب الإضافي.

وبناء على ذلك فإن معنى ولي الأمر في اللغة هو من يقوم على شؤون الناس.

ثانياً : المعنى الاصطلاحي :

المقصود من ولي الأمر في اصطلاح الفقهاء هو : « من له سلطة شرعية عامة يجوز له بمقتضاها إجراء تصرفات تترتب عليها آثار شرعية لها عنصر الإلزام وقوّة التنفيذ »[3].

---

(١) ينظر: ابن منظور، لسان العرب، (ولي) ١٥/٤٠٦-٤٠٧، الزبيدي، تاج العروس، مادة (ولي)، ٤٠/٢٤٢-٢٥٣.

(٢) ينظر: ابن منظور، لسان العرب (أمر)، ٤/٢٧، الرازي: محمد بن أبي بكر، مختار الصحاح، القاهرة – مصر، دار السلام، ط الأولى، ١٤٢٨هـ-٢٠٠٧م، (أمر) ص٢٦.

(٣) القاسم: عبد الرحمن بن عبد العزيز، النظام القضائي الإسلامي، القاهرة – مصر، مطبعة السعادة، ط الأولى، ١٣٩٣هـ-١٩٧٣م، ص٩٧.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

وبناء على هذا التعريف يكون المقصود بولي الأمر هو ما اصطلح على تسميته في العرف القانوني بالسلطة التنفيذية ، وهي السلطة المختصة بتنفيذ ما يصدر عن السلطة التشريعية من تشريعات وقوانين[1].

ويمثل السلطةَ التنفيذية الهيئةُ الحكومية في الدولة الإسلامية ، والتي تتكون من الإمام أو رئيس الدولة ، والوزراء ، ومن ينوب عن الإمام في تسيير أمور الدولة وتنفيذ قوانينها.

وقد ورد مصطلح ولي الأمر كمركب إضافي في موضعين في القرآن الكريم في سورة النساء، الأول في قوله تعالى : ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَطِيعُواْ ٱللَّهَ وَأَطِيعُواْ ٱلرَّسُولَ وَأُوْلِى ٱلْأَمْرِ ﴾[2]، والثاني في قوله سبحانه : ﴿ وَإِذَا جَآءَهُمْ أَمْرٌ مِّنَ ٱلْأَمْنِ أَوِ ٱلْخَوْفِ أَذَاعُواْ بِهِۦ وَلَوْ رَدُّوهُ إِلَى ٱلرَّسُولِ وَإِلَىٰٓ أُوْلِى ٱلْأَمْرِ مِنْهُمْ لَعَلِمَهُ ٱلَّذِينَ يَسْتَنۢبِطُونَهُۥ مِنْهُمْ ﴾[3].

---

(١) جرى البحث على تقسيم سلطات الدولة إلى سلطات ثلاث:
الأولى: السلطة التشريعية: وهي الجهة التي تملك إصدار القواعد العامة الملزمة التي تحكم تصرفات الجماعة في نطاق الدولة، أو هي سلطة تملك وظيفة تشريع القوانين في الدولة وفقاً للدستور. الثانية: السلطة التنفيذية: وهي السلطة المختصة بإدارة شؤون الدولة، وتنفيذ الأحكام وتنظيم إدارتها، الثالثة: السلطة القضائية: وهي سلطة الفصل بين المتخاصمين، وقطع المنازعات، وحماية الحقوق العامة، وإن هذا التقسيم للسلطات لا يعني أنها أصبحت منفصلة عن بعضها، بل الهدف تقسيم وظائف الدولة على هذه السلطات الثلاث، وأيضاً فإن هذا التقسيم للسلطات ليس أمراً متفقاً عليه، فالبعض يدخل السلطة القضائية في السلطة التنفيذية ويجعلها تابعاً لها، وبعضهم يضيف سلطات أخرى كسلطة الصحافة، ينظر: خلاف: عبد الوهاب، السلطات الثلاث في الإسلام، القاهرة – مصر، دار آفاق الغد، ط١، ١٤٠٠هـ-١٩٨٠م، ص٤. الطماوي، سليمان محمد، السلطات الثلاث، القاهرة – مصر، دار الفكر العربي، ط السادسة، ١٤١٦هـ-١٩٩٦، ص٣٧.

(٢) سورة النساء: الآية (٥٩) ، وقد اختلف العلماء من المفسرين والفقهاء في تحديد المقصود بولي الأمر في هذه الآيات، فيرى بعضهم أن المقصود بولي الأمر هم: الولاة والأمراء، وبه قال أبو هريرة وابن عباس ﷺ، والقول الثاني: العلماء والفقهاء، وهي رواية عن ابن عباس، واختاره مالك، القول الثالث: أنهم الأمراء والعلماء، وهو اختيار الطبري، وابن تيمية، القول الرابع وهو اختيار بعض العلماء المعاصرين أن المقصود بأولي الأمر هم جماعة أهل الحلّ والعقد، ينظر: الطبري، محمد بن جرير، جامع البيان عن تأويل آي القرآن، بيروت – لبنان، دار الفكر، ١٤٠٥هـ، ٥/١٥٠، القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ٣/٢٥٩، ابن تيمية، السياسة الشرعية، ص١٣٦، شلتوت، محمود، الإسلام عقيدة وشريعة، ص٣٧٣، يقول الشيخ شلتوت : « فليس أولو الأمر الذين أُمر المؤمنون بطاعتهم، خصوص الأمراء والحكام كيفما كان شأنهم...، وكذلك ليس أولو الأمر خصوص المعروفين في الفقه الإسلامي باسم الفقهاء أو المجتهدين، وإنما هم أهل النظر الذين عرفوا في الأمة بكمال الاختصاص في بحث الشؤون وإدراك المصالح ».

(٣) سورة النساء : الآية (٨٣) .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

الفرع الثاني : واجبات ولي الأمر وسلطاته :

أولاً : واجبات ولي الأمر ووظائفه :

قرّرت الشريعة الإسلامية مبدأ مسؤولية ولي الأمر عن أحوال رعيته في عدد كبير من النصوص، منها :

قوله تعالى : ﴿ إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّواْ ٱلْأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ ٱلنَّاسِ أَن تَحْكُمُواْ بِٱلْعَدْلِ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُم بِهِۦٓ ۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ سَمِيعًۢا بَصِيرًا ﴾[1]، وعن عبد الله بن عمر ﷺ أن رسول الله ﷺ قال : « كلّكم راع فمسؤول عن رعيته ، فالإمام الذي على الناس راع وهو مسؤول عن رعيته... »[2].

ولم يرد نص بتحديد واجبات ولي الأمر على سبيل الحصر ، بل استنبط الفقهاء هذه الواجبات من خلال تتبعهم للنصوص الشرعية الواردة في الكتاب والسنة ، ومن أفعال الخلفاء الراشدين والأئمة من بعدهم في ممارساتهم العملية لواجباتهم ووظائفهم[3].

---

(١) سورة النساء : الآية (٥٨) ، ويلاحظ في هذه الآية أن الله سبحانه قدّم واجب ولي الأمر على حقه في طاعة الرعية له ، يقول علي بن أبي طالب ﷺ : « حق على الإمام أن يحكم بما أنزل الله وأن يؤدي الأمانة، وإذا فعل ذلك فحق على الناس أن يسمعوا ويطيعوا وأن يجيبوا إذا دعوا » ، ينظر: الطبري ، جامع البيان، ٥/١٤٥.

(٢) البخاري ، صحيح البخاري، كتاب الأحكام ، باب قوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَطِيعُواْ ٱللَّهَ وَأَطِيعُواْ ٱلرَّسُولَ وَأُوْلِي ٱلْأَمْرِ ﴾ ح (٦٧١٩) ومسلم ، كتاب الإمارة، باب فضيلة الإمام العادل وعقوبة الجائر، ح(١٨٢٩).

(٣) حدّد الماوردي واجبات ولي الأمر في عشرة أمور، فقال: « والذي يلزم الإمام من الأمور العامة عشرة أشياء : الأول : حفظ الدين على أصوله المستقرة وما أجمع عليه سلف الأمة...، الثاني: تنفيذ الأحكام بين المتشاجرين، وقطع الخصام بين المتنازعين ...، الثالث : حماية البيضة والذب عن الحريم، ليتصرف الناس بالمعايش، وينتشروا في الأسفار آمنين...، الرابع : إقامة الحدود ، لتصان محارم الله عن الانتهاك ، وتحفظ حقوق عباده من إتلاف أو استهلاك، الخامس: تحصين الثغور بالقوة المانعة، والقوة الدافعة...، السادس: جهاد من عاند الإسلام حتى يسلم أو يدخل في الذمة...، السابع : جباية الفيء والصدقات على ما أوجبه الشرع نصاً أو اجتهاداً...، الثامن: تقدير العطايا وما يُستحق في بيت المال من غير سرف ولا تقتير...، التاسع: استكفاء الأمناء، وتقليد النصحاء فيما يفوض إليهم من الأعمال...، العاشر : أن يباشر بنفسه مشارفة الأمور وتصفح الأحوال...» ينظر: الماوردي، علي بن محمد، الأحكام السلطانية والولايات الدينية ، بيروت – لبنان ، ١٤٠٥هـ-١٩٨٥م ، ص : ١٦ – ١٧ .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

وقد حدّد ابن خلدون وظيفة ولي الأمر فقال : « وظيفة ولي الأمر هي حمل الكافة على مقتضى النظر الشرعي في مصالحهم الأخروية والدنيوية الراجعة إليها ، فهي في الحقيقة خلافة عن صاحب الشرع في حراسة الدين وسياسة الدنيا به »[1].

ومن خلال هذا النص الذي ذكره ابن خلدون يتبين أن واجبات ولي الأمر تتمحور حول مجالين : أحدهما ديني ، والآخر دنيوي ، وهذا ما أشار إليه تعريف الماوردي للخلافة بقوله : « حراسة الدين وسياسة الدنيا »[2].

ولست هنا بصدد دراسة تفصيلية لهذه الواجبات والوظائف ، لأن ذلك أمر يطول ، إنما يهمني إعطاء فكرة سريعة ومختصرة عنها ، بحيث يبرز مدى تأثير هذه الواجبات والوظائف في مدى السلطات والصلاحيات التي أعطاها الإسلام لولي الأمر للقيام بما أوجبه عليه .

وقد قسّم بعض الباحثين[3] وظائف ولي الأمر في الدولة الإسلامية إلى ما يلي :

١- الوظيفة الدينية :

وهذه الوظيفة هي أهم الوظائف وأولاها ، فيجب على ولي الأمر حفظ الدين بإقامة شعائره ، والوقوف عند حدوده ، والدعوة إليه ونشر تعاليمه وبيانه بياناً صحيحاً ، ودفع الشبهات عنه ، وتنزيهه عن البدع ، وأخذ الناس بالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر.

---

(١) ابن خلدون ، عبد الرحمن بن محمد ، مقدمة ابن خلدون ، بيروت – لبنان، دار القلم، ط الخامسة، ١٩٨٤م ، ص : ١٩١ بتصرف يسير.

(٢) الماوردي ، الأحكام السلطانية ، ص:٥.

(٣) ينظر: أبو عبد ، عارف خليل، نظام الحكم في الإسلام ، عمّان – الأردن، دار النفائس، ط١، ١٤١٦هـ-١٩٩٦م، ص١٥٦-٢٦٨، ضميرية، عثمان جمعة النظام السياسي والدستوري في الإسلام، الشارقة – الإمارات العربية المتحدة، جامعة الشارقة، ط الأولى، ١٤٢٨هـ-٢٠٠٧م، ص١٤٣، بوترعة، محمود، رئيس الدولة في الفكر الإسلامي، دمشق – سوريا، دار المصطفى، ط١، ١٤٢٩هـ-٢٠٠٨م، ص١٧٨، العنبري، خالد، فقه السياسة الشرعية، القاهرة – مصر، دار المنهاج، ١٤٢٥هـ-٢٠٠٤م، ص١٨٠، المرزوقي، محمد بن عبد الله، سلطة ولي الأمر في تقييد سلطة القاضي، الرياض- السعودية، مكتبة العبيكان، ط١، ١٤٢٥هـ-٢٠٠٤م، ص٢٦-٢٧.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

قال ابن تيمية: « المقصود الواجب بالولايات إصلاح دين الخَلق الذي متى ما فاتهم خسروا خسراناً مبيناً ولم ينفعهم ما نعموا به من الدنيا »[1].

فمتى ما قام ولي الأمر بتعاليم الدين فقد حقق لرعيته مصالحهم الأخروية والدنيوية .

٢- **الوظيفة السياسية :**

فولي الأمر مسؤول عن تطبيق النظام السياسي في الإسلام ، وتنفيذ قواعده ومبادئه ، كما أن عليه أن ينظم علاقة الدولة الإسلامية بغيرها من الدول ، وعليه أن يحافظ على الأمن الداخلي في البلاد ، وأن يحفظ على الناس أمنهم واستقرارهم ، بما يستطيعون ممارسة حقوقهم وأعمالهم ، عن طريق إقامة الحدود واستيفاء الحقوق ، ومنع الظلم وقطع الخصومات .

٣- **الوظيفة الجهادية :**

فواجب على ولي الأمر حماية البلاد وأهلها من أي اعتداء أو أخطار تهددهم من الخارج ، وذلك بإعداد القوة وتحصين الثغور ، وتأمين الحدود ومنع دخول كل ما يخشى منه الضرر على الرعية في دينها وأمنها واستقرارها.

وإلى هذه الوظيفة أشار الماوردي عند حديثه عن الواجب الخامس لولي الأمر، فقال : « والذي يلزم ولي الأمر تحصين الثغور بالعدة المانعة والقوة الدافعة ، حتى لا تظفر الأعداء بثغرة ، فينتهكون فيها محرّماً ، أو يسفكون فيها لمسلم أو معاهدٍ دماً »[2].

٤- **الوظيفة القضائية :**

فيجب على ولي الأمر أن ينظم أمور القضاء بما يكفل تحقيق العدل ويحافظ على الحقوق لأصحابها ، ذلك أن الغرض من القضاء هو إقامة العدل ، ورفع الخصومات ، وتنفيذ أحكام

---

(١) ابن تيمية: احمد بن عبد الحليم. السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية، بيروت – لبنان، دار الآفاق الجديدة، ط الأولى، ١٤٠٣هـ-١٩٨٣م، ص٢٣.

(٢) الماوردي ، الأحكام السلطانية، ص :١٦-١٧.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

الشريعة ، والأخذ على أيدي أهل الفساد ، وإعطاء كل ذي حق حقه ، ليستتب الأمن ، وتُصان مصالح الناس ، ويتفرّغون لما يُصلحهم ديناً ودنيا .

وفي هذا المعنى يقول الجويني : « فأما فصل الخصومات فمن أهم المهمات ، ولولاه لتنازع الخلق وتمانعوا ، فليُرتب لها الإمام القضاة »[1].

٥- الوظيفة الإدارية :

وقد ذكر الماوردي هذه الوظيفة بقوله : « استكفاء الأمناء ، وتقليد النصحاء فيما يفوض إليهم من الأعمال ، ويكله إليهم من الأموال ، لتكون الأعمال بالكفاءة مضبوطة ، والأموال بالأمناء محفوظة...» ، ويقول أيضاً : « وعليه أن يباشر بنفسه مشارفة الأمور ، وتصفح الأحوال ، لينهض بسياسة الأمة وحراسة الملة ، ولا يعول على التفويض ، فقد يخون الأمين ، ويغش الناصح »[2].

ويقول ابن تيمية : « يجب على ولي الأمر أن يولي على كل عمل من أعمال المسلمين أصلح من يجده لذلك العمل ...، وقد لا يكون في موجوده من يصلح لتلك الولاية فيختار الأمثل فالأمثل في كل منصب بحسبه ، وإذا فعل ذلك بعد الاجتهاد التام فقد أدى أمانته وقام بواجبه »[3].

٦- الوظيفة الاقتصادية :

من الواجبات التي يتعيّن على ولي الأمر القيام بها تنظيم الحالة الاقتصادية في الدولة الإسلامية ، وذلك عن طريق حفظ بيت المال ، بتنمية موارده ، وتنظيم وجوه الإنفاق منه ، وحسن القيام بذلك بما يخدم المصلحة العامة للمسلمين ، ويعمل على تأمين الحاجات الأساسية للناس ، وتحقيق التوازن الاجتماعي ، والتخطيط لتنمية الاقتصاد وموارد الدولة .

---

(١) الجويني، عبد الملك بن عبد الله، غياث الأمم في التياث الظلم، تحقيق: فؤاد عبد المنعم ، مصطفى حلمي ، الإسكندرية – مصر، دار الدعوة، ط١، ١٩٧٩م، ص : ١٥٨.

(٢) الماوردي ، الأحكام السلطانية، ص : ١٦-١٧.

(٣) ابن تيمية، السياسة الشرعية، ص٩-١٤ بتصرف يسير.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

وهذا ما أشار إليه الماوردي بقوله : « جباية الفيء والصدقات على ما أوجبه الشرع ، وتقدير العطايا وما يستحق بيت المال ...»[1].

هذه هي أهم واجبات ولي الأمر في الدولة الإسلامية ، ومما ينبغي التنبيه إليه أن هذه الواجبات ليست على سبيل الحصر ، وحيث إن هذه الواجبات الكلية والإجمالية تتفرع عنها عدة وظائف وواجبات فرعية أخرى ، تزيد وتنقص بحسب تغيّر الظروف والحاجات الزمنية ، ومراعاة التطور في الحياة الإنسانية .

ثانياً : سلطات ولي الأمر وصلاحياته :

تبيّن مما سبق أن واجبات ولي الأمر في النظام الإسلامي مسؤولية عظيمة ومهمة شاقة ، ولكي يتمكن ولي الأمر من القيام بهذه الواجبات الموكولة إليه منحه الشارع سلطات تقديرية واسعة في النظر إلى المصلحة العامة ، وتقدير الإجراءات والوسائل والنظم التي يتخذها .

وتمثل واجبات ولي الأمر بمساحتها الواسعة مجالاً لسلطته في تدبير شؤون الناس وترتيب مصالحهم ، فله أن يتخذ التدابير ويصدر التنظيمات التي تمكنه من تأدية واجبه .

ونعني بسلطات ولي الأمر وصلاحياته : : « مجموعة صلاحيات قانونية وأهليات مادية تُمنح لولي الأمر»[2].

فهي إذن : مجموعة الأوامر والإجراءات الممنوحة لولي الأمر والتي يعمل من خلالها في تدبير شؤون الناس باجتهاده أو اجتهاد غيره بما يحقق المصلحة العامة[3].

---

(١) الماوردي، الأحكام السلطانية، ص : ١٧.

(٢) ضميرية ، النظام السياسي والدستوري ، ص٢٣١.

(٣) ينظر : عمرو، عبد الفتاح ، السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية ، عمان – الأردن ، دار النفائس ، ط١ ، ١٤١٨هـ - ١٩٩٨م ، ص:٥.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

وقد تناول الفقهاء السلطات التي منحها الشارع لولي الأمر عند الحديث عن السياسة الشرعية ، وبيّنوا أن الإسلام قد وضع بيد ولي الأمر سلطات واسعة ، يملك بمقتضاها التصرف والتدبير واتخاذ ما يلائم العصر والظروف من النظم والإجراءات التي تقتضيها المصلحة العامة ، ولو لم يرد بذلك نص خاص ولا انعقد عليه إجماع ، اعتماداً على الأدلة الإجمالية[1].

وأصل هذه الحقيقة كان حاضراً في أذهان الفقهاء المتقدمين ، فقد نقل ابن القيم عن ابن عقيل أنه يُعرِّف السياسة الشرعية بقوله : « السياسة ما كان فعلاً يكون معه الناس أقرب إلى الصلاح ، وأبعد عن الفساد ، وإن لم يضعه الرسول ولا نزل به وحي »[2].

ثم ذكر ابن القيم نماذج من عمل الصحابة بالسياسة الشرعية وقال بعدها : « إن هذا وأمثاله سياسة جزئية بحسب المصلحة ، تختلف باختلاف الأزمنة ، فظنها من ظنها شرائع عامة لازمة للأمة إلى يوم القيامة...، وهذه السياسة التي ساسوا بها الأمة هي من تأويل القرآن والسنة ، وهي من السياسات الجزئية التابعة للمصالح ، فتتقيّد بها زماناً ومكاناً »[3].

وقد أدرك الفقهاء المعاصرون حقيقة ما ذكره ابن القيم وما نقله عن ابن عقيل ، فتعددت تعريفاتهم للسياسة الشرعية مع اتفاقهم على المعنى العام لها ، فالشيخ عبد الوهاب خلاف يعرفها بقوله : « هي تدبير الشؤون العامة للدولة الإسلامية بما يكفل تحقيق المصالح ودفع المضار مما لا يتعدى حدود الشريعة وأصولها الكلية وإن لم تتفق وأقوال المجتهدين »[4]، وعرفها الكيلاني بقوله :

---

(١) ينظر: الدريني، فتحي، خصائص التشريع الإسلامي في السياسة والحكم، بيروت- لبنان، مؤسسة الرسالة، ط٢، ١٤٢٩هـ-٢٠٠٨م، ص١٦١.

(٢) ابن القيم، محمد بن أبي بكر، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، بيروت – لبنان، المكتب الإسلامي، ط٢، ١٤٢٣هـ-٢٠٠٢م، ص٤١.

(٣) ابن القيم، المصدر نفسه، ص٥٠، بتصرف يسير.

(٤) خلاف، عبد الوهاب، السياسة الشرعية، القاهرة – مصر، دار الأنصار، ١٣٩٧هـ-١٩٧٧م، ص١٥.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

« تدبير شؤون الدولة الإسلامية وتنظيم مرافقها بما يتفق وروح الشريعة وأصولها الكلية ولو لم يرد فيها شيء من النصوص التفصيلية الواردة في الكتاب والسنة »[1].

وينتهي الدريني إلى وضع تعريف عام شامل لها بقوله : « وبالجملة فالسياسة الشرعية إنما تعني تعهد الأمر بما يصلحه »[2].

وقد بيّن القرافي أن التوسعة على ولاة الأمور في الأحكام السياسية ليس مخالفاً للشرع ، بل تشهد له الأدلة والقواعد الشرعية[3].

وليس معنى التوسعة على ولي الأمر في اتخاذ ما يراه مناسباً أن ذلك يسوغ له مخالفة مقررات الشريعة والتعسف في استعمال الحق الذي أُذِن له فيه ، ذلك أن هذا المركب الذي هو السياسة الشرعية لا تصح النسبة والإضافة فيه إلا إذا كانت هذه الإجراءات منسجمة مع مقررات الشريعة محققة لمقاصدها ، فلا يصح إطلاق هذا المصطلح على سياسة لا تتقيد بضوابط الشرع ولا تهدف إلى تحقيق مقاصده وغاياته[4].

وبناء على ذلك فإن الإجراءات التي يقوم بها ولي الأمر لا بد فيها من تحقق شرطين حتى يصح اعتبارها شرعية :

الأول : أن تكون متفقة مع مقاصد الشريعة الكلية ، محققة لمقصد الشارع في جلب المصالح ودرء المفاسد .

---

(١) الكيلاني ، عبد الله إبراهيم، القيود الواردة على سلطة الدولة في الإسلام وضماناتها، بيروت – لبنان، دار الرسالة، دار البشير، ط الأولى، ١٤١٨هـ-١٩٩٧م، ص٨٨.

(٢) الدريني ، خصائص التشريع الإسلامي، ص١٦٥.

(٣) ينظر: ابن فرحون، إبراهيم بن محمد، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام ، تحقيق: جمال مرعشلي، بيروت – لبنان، دار الكتب العلمية، ١٤٢٢هـ-٢٠٠١م، ١٢٦/٢.

(٤) ينظر: القرضاوي ، السياسة الشرعية ، ص٢٦-٢٧.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

الثاني : ألا تخالف حكماً شرعياً مقرراً مخالفة حقيقية[1].

وتعتبر سلطة ولي الأمر في التشريع وتصرفه في تغيير الأحكام من أبرز مظاهر هذه التوسعة على ولي الأمر في الأحكام السياسية ، ولذا كان لابدّ من بيان حق ولي الأمر في إصدار الأوامر والتشريعات ، ومدى تعارض ذلك مع حق الله تعالى في التشريع .

أولاً : سلطة ولي الأمر في التشريع :

تعدّ سلطة التشريع من أهم وأخطر السلطات التي يقوم بها ولي الأمر ، ونعني بسلطة التشريع : صلاحية ولي الأمر في سنّ القوانين والأحكام التي تحتاج إليها الدولة في تدبير شؤون الناس .

وقبل الحديث عن حق ولي الأمر في التشريع ، لا بد من بيان معنى التشريع في النظام الإسلامي ، لأن بيان ذلك هو الذي يُحدِّد من له الحق في التشريع.

ثانياً : بيان المقصود بالتشريع:

حدّد الشيخ عبد الوهاب خلاف معنى التشريع بقوله : « تطلق كلمة التشريع في الإسلام ويراد بها أحد معنيين : أحدهما إيجاد شرع مبتدأ ، وثانيهما : بيان حكم تقتضيه شريعة قائمة.

فالتشريع بالمعنى الأول في الإسلام ليس إلا لله تعالى ، فهو سبحانه ابتدأ شرعاً بما أنزله في قرآنه ، وما أقرّ عليه رسوله ، وما نصبه من دلائل »[2].

وبهذا المعنى : لا تشريع إلا لله تعالى ، ولا حاكم إلا الله ، وقد قامت الأدلة الشرعية المتواترة القاطعة للدلالة على ذلك ، قال تعالى : ﴿إِنِ ٱلْحُكْمُ إِلَّا لِلَّهِ﴾[3] ، وقال سبحانه منكراً على

---

(١) ينظر: الكيلاني، القيود الواردة على سلطة الدولة، ص٩٨-١٠٠، الدريني، خصائص التشريع الإسلامي، ص١٦١.

(٢) خلاف ، السلطات الثلاث في الإسلام، ص٧٩.

(٣) سورة يوسف: ٤٠.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

المشركين: ﴿ أَمْ لَهُمْ شُرَكَاؤُا شَرَعُوا لَهُم مِّنَ الدِّينِ مَا لَمْ يَأْذَن بِهِ اللَّهُ ﴾[1]، وقال سبحانه: ﴿ فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا ﴾[2]، وقال تعالى : ﴿ وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا مُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَن يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ ﴾[3].

فهذه النصوص وما في معناها تقرّر صراحة وعلى وجه لا يرقى إليه الاحتمال بأن مردّ الأمر كله لله تعالى ، وأن حق التشريع له سبحانه دون ما سواه[4].

« وأما التشريع بالمعنى الثاني -وهو بيان حكم تقتضيه شريعة قائمة- فهذا الذي تولاه بعد رسول الله ﷺ ، خلفاؤه من علماء الصحابة ، ثم التابعون وتابعوهم من الأئمة المجتهدين ، فهؤلاء لم يشرعوا أحكاماً مبتدأة ، وإنما استمدوا الأحكام من نصوص القرآن أو السنة ، وما نصبه الشارع من الأدلة ، وما قدره من القواعد العامة »[5].

وبعد هذا البيان لمعنى التشريع يتّضح أن المقصود بسلطة ولي الأمر في التشريع هو المعنى الثاني ، الذي هو بيان حكم تقتضيه الشريعة وإظهاره ، وهذا ما يُسمّى في الاصطلاح القانوني تشريعاً ، ولكنه عند الفقهاء المتقدمين لم يكن يسمّى تشريعاً ، وإنما هو تنفيذ للأحكام أو اجتهاد فيها واستنباط ، فهو في الاصطلاح الحديث يُسمّى تشريعاً ، وفي الاصطلاح القديم لم يكن يسمّى بذلك[6].

---

(١) سورة الشورى: الآية (١٩).

(٢) سورة النساء: الآية (٦٥).

(٣) سورة الأحزاب:الآية (٣٦).

(٤) ينظر: المودودي ، أبو الأعلى ، مفاهيم إسلامية حول الدين والدولة ، جدة – السعودية، الدار السعودية، ١٤٠٥هـ-١٩٨٥م، ص١٨٩-١٩٠، مدكور، محمد سلام، معالم الدولة في الإسلام، الكويت، مكتبة الفلاح، ط الأولى، ١٤٠٣هـ-١٩٨٣م، ص٣٠٨.

(٥) خلاف، السلطات الثلاث في الإسلام، ص٧٩.

(٦) ينظر: مدكور، نظرية الإباحة، ص٣٢٨، وفي هذا المعنى يقول محمد المبارك : « التشريع الاجتهادي مستمر غير منقطع ويشمل الأمور التي تركها الشارع ولم ينص عليها والأمور التي وضع فيها قواعد عامة وترك تفصيلها وجميع التنظيمات التي تدخل في صلاحية ولي الأمر في تقييد بعض المباحات حينما توجب المصلحة ذلك ، إن هذه الأمور تدخل في الاصطلاح الحديث تحت عنوان التشريع، =

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

ثالثاً : قيود سلطة ولي الأمر في التشريع :

إذا كانت الشريعة أعطت ولي الأمر الحق في التشريع بالمعنى الذي بيّناه ، فإن ذلك لا يعني أن هذا الحق مطلق من كل قيد ، بل إن حقّه في ذلك مقيّد بالقيود الشرعية التي تمنع ولي الأمر من سوء استعمال هذا الحق .

وقد ذكر الفقهاء القيود التي يجب على ولي الأمر ألا يتجاوزها عند ممارسته حق التشريع ، وهي كالتالي :

القيد الأول : أن يكون هذا التشريع في حدود الأحكام التي يحق له التدخل فيها :

اتفق العلماء عن طريق استقراء الأدلة والأحكام الشرعية على تقرير صفتين لأحكام الشريعة ، صفة الثبات والقطع ، وصفة التغيّر والظن ، فالأحكام الشرعية نوعان : أحكام ثابتة ، وأحكام متغيرة.

النوع الأول : الأحكام الثابتة :

وهي الأحكام الشرعية المرتبطة بالمصالح الثابتة التي لا تتغير أبداً ، والتي قصد الشارع تحقيقها أبداً ، بحيث لا تصطدم بالقواعد الشرعية المقررة[1].

فالأحكام التي تتميز بالثبات هي التي تستند إلى أدلة قطعية الثبوت والدلالة ، بحيث لا تقبل الاحتمالات ، وبالتالي فإنها ليست محلاً للاجتهاد .

ومن خواص هذه الأحكام الثبوت ، بمعنى أنه بعد كمالها لا يلحقها نسخ ولا تخصيص ولا تقييد ، ولا تُرفع أحكامها ولا تتغيّر بحسب الزمان ولا المكان ولا الأعراف ونحوها .

=

والعلماء السابقون لم يكونوا يعدونها تشريعاً ، ولذلك ينبغي الانتباه إلى اختلاف الاصطلاح » ، المبارك، محمد ، نظام الإسلام والحكم والدولة ، بيروت – لبنان، دار الفكر، ط٣، ١٤٠٠هـ-١٩٨٠م، ص٨٠.

(١) ينظر: ابن القيم، محمد بن أبي بكر، إغاثة اللّهفان من مصائد الشيطان، تحقيق: محمد حامد الفقي، بيروت – لبنان، دار المعرفة، ط٢، ١٣٩٥هـ-١٩٧٥م، ١/٣٣٠، ابن عاشور، محمد الطاهر، مقاصد الشريعة الإسلامية، تحقيق: محمد الميساوي، عمّان – الأردن، دار النفائس، ط١، ١٤٢٠هـ-١٩٩٩م، ص١٧٠.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

ومن أمثلة الأحكام الثابتة : الأحكام التعبدية من الصلاة والصيام والحج وما يتعلق بها من الأحكام المكملة لها كالطهارة وغيرها .

وكذلك الأحكام التي تتعلق بالمبادئ الكبرى للشريعة ، كالأخلاق المأمور بها كالعدل والصدق ، أو المنهي عنها كالكذب والغش وغيرها .

وكذلك ما يتعلق بالأيمان والنذور وبعض المعاملات كتحريم الربا والغرر ونحوها ، وكذلك كل الأحكام الثابتة بأدلة قطعية لا تقبل الاحتمال ، والتي ترتبط بمصالح ثابتة لا تتغير[١].

وهذه الأحكام الثابتة هي التي سمّاها الدريني بـ« النظام الشرعي العام والتي لا يجوز لأي جهة ، فرداً كان أو جماعة ، أن تتفق على خلافها ، وكل اتفاق من هذا القبيل يعتبر باطلاً »[٢] .

ويقول القرضاوي : « إن الأحكام الثابتة بناء على النص لا تتغيّر أحكامها ، لأن النص أقوى من العرف ، إذ لا يحتمل أن يكون مستنداً على باطل ، بخلاف العرف والعادة ، فقد تكون مبنية على باطل »[٣].

ويقول أيضاً: « فهذه الثوابت القطعية لا يجوز تجاوزها بحال ، وهي مسورة بسور منيع لا يقبل الاختراق ، وهو القطعية في الثبوت والدلالة ، فلا مجال فيها لاجتهاد أو تجديد ، ومن المعلوم أن دائرة الثوابت محدودة ، ولكنها مهمة جداً ، لأنها هي الدالّة على هوية الأمة وذاتيتها وتميزها ، وهي التي تحفظ الأمة من الذوبان في غيرها »[٤].

---

(١) ينظر: ابن القيم ، إغاثة اللّهفان، ١/٣٣٠ ، القرضاوي، يوسف، دراسة في فقه مقاصد الشريعة ، القاهرة – مصر، دار الشروق، ط٣، ٢٠٠٨م، ص١٩٧.

(٢) الدريني : خصائص التشريع الإسلامي ، ص : ٣٧٢ .

(٣) القرضاوي ، السياسة الشرعية، ص٢٩٧.

(٤) القرضاوي ، مقاصد الشريعة، ص١٩٨.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

وهذا النوع من الأحكام ليس داخلاً في السياسة الشرعية ، بمعنى أنه ليس أمام ولي الأمر في هذا النوع من الأحكام سوى الحكم به كما ورد ، واجتهاده فيه يقتصر على النظر في صحة التطبيق لهذه الأحكام .

النوع الثاني : الأحكام المتغيرة :

ونعني بالأحكام المتغيّرة : هي تلك الأحكام الثابتة بنصوص ظنية الثبوت ، أو ظنية الدلالة ، ويدخل في هذه الأحكام أيضاً ما لا نص فيه[1].

والأحكام المتغيرة هي الأحكام المتعلقة بالمصالح المتغيرة ، فمما لا شك فيه أن الحياة الإنسانية متطورة متجددة في وسائلها وأساليبها وأنماط معيشتها ، وفي ظروفها وأحوالها ، زماناً ومكاناً ، هذا التطور والتجدد يستتبعه تبدل مصالح الناس بتبدل مظاهر الحياة.

وإذا كانت الأحكام الشرعية معللة بمصالح العباد ، وما دام أن مصالح العباد متغيرة ومتبدلة بتغير العصر وتبدل الأحوال ، فذلك يعني تغيّر هذه الأحكام تبعاً لتغيّر مصالحها ، فالمعلول يدور مع علته وجوداً وعدماً .

وفي هذا المعنى يقول الشاطبي : « إنا وجدنا الشارع قاصداً لمصالح العباد ، والأحكام العادية تدور معها حيثما دار ، فترى الشيء الواحد يُمنع في حال لا تكون فيه مصلحة ، فإذا كان فيه مصلحة جاز »[2] .

ويقول ابن عابدين : « اعلم أن المسائل الفقهية إما أن تكون ثابتة بصريح نص...، وإما أن تكون ثابتة بضرب اجتهاد ورأي ، وكثير منها ما يبنيه المجتهد على ما كان في عرف زمانه ، بحيث لو كان في زمان العرف الحادث لقال بخلاف ما قاله أولاً ...، فكثير من الأحكام تختلف باختلاف

---

(١) ينظر: ابن القيم ، إغاثة اللّهفان، ١/٣٣١، القرضاوي ، مقاصد الشريعة، ص١٩٨.

(٢) الشاطبي ، الموافقات ، ٢ / ٣٠٥ .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

الزمان ، لتغير عرف أهله ، أو لحدوث ضرورة ، أو فساد أهل زمان ، بحيث لو بقي الحكم على ما كان عليه أولاً للزم منه المشقة والضرر بالناس ، ولخالف قواعد الشريعة المبنية على التخفيف والتيسير ودفع الضرر والفساد »[1].

فيظهر من كلام ابن عابدين أن من أسباب تغير الأحكام العرف ، و الضرورة ، و فساد الذمم والأخلاق ، فتتغير تلك الأحكام نظراً لتلك الاعتبارات[2]، ولذا قرّر الفقهاء قاعدة جليلة عظيمة وهي : أنه لا ينكر تغيّر الأحكام بتغير الأزمان[3].

والمقصود بالأحكام التي لا يُنكر تغيرها الأحكام الاجتهادية القابلة للتغيير والاجتهاد ، ولذا رأى القرضاوي أن صياغة هذه القاعدة يحتاج إلى تعديل ، بأن تُضاف كلمة بعض للأحكام ، أو توصف هذه الأحكام بالاجتهادية ، ومبنى هذا الرأي قوله : « إن الاحتياط في صياغة هذه القاعدة واجب ، خشية أن يفهم بعض الناس إمكان تبدل الأحكام بصفة مطلقة ، كما نادى بذلك بعض الذين لاحظ لهم من فقه الشريعة »[4].

وإذا كانت دائرة الأحكام الثابتة محدودة ، فإن الأحكام المتغيرة دائرتها رحبة ، تدخل فيها معظم أحكام الشريعة ، وهي قابلة للاجتهاد والتجديد .

وإذا كانت الأحكام المتغيرة قابلة للاجتهاد الاستنباطي والنظري ، فهي أيضاً قابلة للاجتهاد التطبيقي ، ودراسة الظروف التي تحيط بها ، وتبيّن مدى أثر تطبيق هذا الحكم على تلك الواقعة بظروفها ، وما يفضي إليه من نتائج متوقعة ، فإن الحكم لو طُبّق دون اجتهاد فقد يؤدي إلى مآل

---

(١) ابن عابدين، محمد أمين ، مجموعة رسائل ابن عابدين ، ١٢٥/٢.

(٢) أسباب تغيّر الأحكام متعددة ، فمنها : تغيّر العرف الذي جاء التشريع موافقاً له ، وزوال المصلحة التي جاء الحكم معللاً بها ، وتغير الحال التي قيّد الحكم بها ، وتغيّر العلة التي بني عليها الحكم ، ينظر: مكداش، سها سليم، تغيّر الأحكام، بيروت – لبنان، دار البشائر الإسلامية، ط١، ١٤٢٨هـ-٢٠٠٧م، ص٤٠٤.

(٣) ينظر: الزرقاء، احمد بن محمد، شرح القواعد الفقهية، تحقيق: مصطفى الزرقا، دمشق – سوريا، دار القلم، ط٢، ١٤٠٩هـ-١٩٨٩م، ٢٢٧/١.

(٤) القرضاوي، السياسة الشرعية، ص٢٩٧.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

ونتائج لا تتفق ومقاصد الشريعة ، أو قد تكون تلك النتائج مناقضة لمقصد الشرع من تحقيق المصلحة من تشريع ذلك الحكم نتيجة للظروف الجديدة.

وهذا الاجتهاد التطبيقي في الأحكام لا يعد افتئاتاً على حق الله تعالى في التشريع كما يقول الدريني ، بل العكس هو الصحيح ، إذ هو اجتهاد بالرأي لتحقيق مقاصد الشرع[1].

وتأسيساً على ما ذكرنا فإن سلطة ولي الأمر إنما هي في الأحكام المتغيرة دون الأحكام الثابتة ، فلا ينبغي أن يتدخل ولي الأمر في الأحكام التي تتعلق بها مصالح ثابتة على مرّ الزمن مهما تباينت الظروف واختلفت العصور والبيئات ، وإنما يكون التغيير في الأحكام التي تتعلق بالمصالح المتغيرة ، وبذلك تكون الشريعة وافية بحاجات الإنسان المتجددة وضابطة لتجدد الحياة .

وقد أشار القرضاوي إلى هذا المعنى فقال : « إن المجالات التي يعمل فيها برأي ولي الأمر هي : ما لا نص فيه ، وما يحتمل عدة أوجه ، والمصالح المرسلة ، ومفهوم هذا : أن ما عدا هذه الثلاثة لا يؤخذ فيها برأيه ، إذ تكون مما فصلت فيه نصوص الشرع من الكتاب والسنة أمراً ونهياً ، فالأوامر تمتثل ، والنواهي تجتنب »[2].

وبناء على هذا فإن سلطة ولي الأمر في التشريع تتحدد فيما يلي :

١- الاجتهاد في فهم النص في ضوء المقاصد والغايات التي شرع من أجلها.

٢- الاجتهاد في التطبيق مع مراعاة مآل هذا التطبيق .

٣- الاجتهاد فيما لا نص فيه واستنباط أحكام مناسبة لظروف العصر ، وبما يحقق مصلحة الناس[3].

---

(١) ينظر: الدريني، خصائص التشريع الإسلامي، ص٣٧٤-٣٧٥.

(٢) القرضاوي، السياسة الشرعية، ص١٠٦.

(٣) ينظر: الكيلاني، القيود الواردة على سلطة الدولة، ص٧٦، خلاف، السياسة الشرعية، ص٤٣.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

القيد الثاني: ألا يصادم هذا التشريع ولا يناقض دليلاً من أدلة الشريعة التفصيلية الثابتة ، وأن يكون متفقاً مع مقاصد الشريعة وقواعدها العامة.

ولكي يتحقق هذا القيد يجب على ولي الأمر عند الاجتهاد في التشريع أن يكون أهلاً للاجتهاد ، أو يُسنِد هذه المهمة إلى من هو أهل لها ، عن طريق اختيار هيئة تشريعية على مستوى علمي رفيع ، لها خبرة عملية واقعية مع معرفة أدلة الشريعة وفهم مقاصدها ، تمكنهم من أداء مهمة التشريع والاجتهاد وتطبيقه على منهج علمي سليم ، وفي هذه الحالة يكون دور ولي الأمر هو الإلزام باعتباره القائم على سلطة التنفيذ .

وخلاصة ما سبق يتبيّن أن سلطة ولي الأمر في التشريع تنطلق من المنطلقات التالية :

١- أن حق الله تعالى في التشريع لا يعني إلغاء دور المجتهدين في تفهم النص ومعرفة مقاصده ، وتتبع تحقق هذه المقاصد على أرض الواقع ، وأن هذا لا يُعدّ افتئاتاً على حق الله تعالى في التشريع.

٢- التفريق بين الثابت والمتغيّر في مجالات التشريع ، وفاء بالمستجدات وضبطاً للاجتهاد غير المنضبط[1].

وبناء على ما سبق يمكننا أن نحدِّد دور ولي الأمر في التشريع ، وأنه دور واسع في الكشف عن مراد الشرع ، لا في إنشاء تشريع يناقض تشريع الله تعالى .

---

(١) ينظر: الكيلاني، القيود الواردة على سلطة الدولة، ص٨٠.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

المطلب الثاني

حقيقة تقييد المباح

تبين فيما سبق المراد من لفظ المباح في الاستعمال الشرعي ، ونعرض الآن لمصطلح تقييد المباح لبيان المراد به ، وقبل ذلك لا بد من معرفة معنى التقييد في اللغة .

أولاً : معنى التقييد لغة :

التقييد لغة : المنع ، وهومصدر قيّد الشيء يقيّده تقييداً ، يُقال : قيّد الشيء : منعه من التصرف ، ومنه القيد الذي يجعل على الدابّة فيمنعها من الخروج والتصرف ، ومنه أيضاً تقييد الألفاظ الذي يمنع الاختلاط ويزيل الالتباس[1].

وبناء على ذلك فإن الاستعمالات المتعددة للفظ القيد والتقييد تدور حول معنى المنع.

وبعد بيان المعنى اللغوي للفظ التقييد ، يحسن أن يُبين المقصود بـ(تقييد المباح) كمصطلح إضافي .

ثانياً : تعريف تقييد المباح :

يعتبر مصطلح تقييد المباح مصطلحاً حديثاً ، فلم يستعمل الفقهاء القدامى هذا المصطلح في مصنفاتهم الفقهية ، وإنما استعاضوا عنه بمصطلحات أخرى ، كالأمر بالمباح ، ومنع المباح ، ونحوها من المصطلحات المشابهة ، ولذلك لم يتعرض هؤلاء الفقهاء لتعريف تقييد المباح .

وإذا كان الفقهاء المتقدمون لم يتعرضوا لبيان المقصود بهذا المصطلح لعدم استعماله عندهم ، فإن أغلب الفقهاء المتأخرين أيضاً لم يهتموا بوضع تعريف له على الرغم من شيوع هذا

---

(١) ينظر: الزبيدي، تاج العروس، مادة قيد، ٨٣/٩-٨٦، والأزهري ، محمد بن أحمد، تهذيب اللغة ، بيروت – لبنان، دار إحياء التراث العربي، ط الأولى، ٢٠٠١م ، مادة (قيد)، ١٩٣/٩.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

المصطلح وروده في بعض مؤلفاتهم ، بل اكتفى أكثرهم بذكر أمثلة لهذا المصطلح ، فلعلهم رأوا أنه من الوضوح بحيث لا يحتاج إلى مزيد بيان وتوضيح[١].

وقد حاول بعض المتأخرين من الفقهاء والباحثين وضع تعريف مناسب لمصطلح تقييد المباح ، ومن هذه التعريفات ما يلي :

التعريف الأول : عرّف الأستاذ فتحي الدريني تقييد المباح بأنه : « إيقاف العمل بالمباح فترة ، لظروف تستدعي ذلك ، أو إيجابه فترة ، بالنظر لما يترتب على ممارسته في تلك الظروف من نتائج ومآلات يتمثل فيها الضرر الراجح ، وهو واجب الدفع فيمنع التسبب فيه ، عن طريق إيقاف العمل بهذا المباح ، أو يتمثل فيها مصالح هامة ، فيفرض العمل بالمباح ، ويرتقي إلى أن يصبح واجباً ، وتسلب منه الخيرة »[٢].

التعريف الثاني : عرّفه الشيخ الصادق الغرياني بقوله : « هو اختيار ولي الأمر أحد أفراد المباح الذي يجوز من حيث الأصل فعله أو تركه ، مع إلزام الناس بهذا الاختيار سواء بمنعهم من الفعل أو بإلزامهم به »[٣].

التعريف الثالث : وعرفه الأستاذ فهد الثميري بأنه : « سلطة ولي الأمر في المنع والإلزام بما كان أصله مباحاً في الشريعة على عامة الناس أو بعضهم لمصلحة يراها سياسة منه »[٤].

---

(١) ينظر: أبو زهرة، الجريمة والعقوبة ، ٢٨٢/١، القرضاوي ، السياسة الشرعية، ص٢٠٩.

(٢) الدريني، خصائص التشريع الإسلامي، ص٢٦٢.

(٣) الغرياني ، الغرياني: الصادق عبد الرحمن، معنى تقييد المباح ، ١٤١٣هـ-٢٠١٠م ، www.tanasuh.com ، ص١. وهذا المقال إجابة عن سؤال أرسله الباحث إلى الشيخ فتفضّل بالإجابة .

(٤) العتيبي، غزيل بنت علي، ١٤٢٧هـ، سلطة ولي الأمر في تقييد المباح ، ماجستير، كلية التربية، جامعة الملك سعود، السعودية، ص١١٢، وقريباً من هذا التعريف تعريف العتيبي بقولها : « تقييد المباح هو المنع من المباح أو الإلزام به ممن له ولاية عند وجود ما يقتضيه وفق ضوابط معينة ، وقد يتعلق بحقوق الناس العامة أو الخاصة » ، العتيبي، سلطة ولي الأمر في تقييد المباح، ص١١٢.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

مقارنة واختيار :

هذا ما يقرره بعض المتأخرين في تعريف تقييد المباح ، وهذا يقتضي منا التنبيه إلى عدة أمور تفيد في بيان المقصود بهذا المصطلح ، ومن ثمّ الحكم على التعريفات السابقة لنصل إلى اختيار أو ترجيح تعريف مناسب .

الأمر الأول : إن التعريف الأول للدريني أقرب للشرح منه للتعريف ، ذلك أن التعريف العلمي يُستحسَن فيه أن يكون مُختصراً ، وأن يكون جامعاً مانعاً ، وهذا ما لا يتوفر في تعريف الدريني لتقييد المباح .

الأمر الثاني : إن التعريف الأول والثالث قد ذُكر فيهما سبب اللجوء للتقييد ، ففي التعريف الأول : « لظروف تستدعي ذلك ...، بالنظر لما يترتب على ممارسته في تلك الظروف من نتائج ومآلات يتمثل فيها الضرر الراجح » ، وفي التعريف الثالث : « لمصلحة يراها سياسة منه » ، وفي هذا خروج عن حقيقة المُعرَّف ، لأن سبب التقييد أعمّ مما ذُكروه ، إلا أن يريدوا التقييد الشرعي ، فيصح ذلك .

الأمر الثالث :إن التعريفات الثلاثة ليس فيها بيان المقصود بالمباح ، وإن كان يظهر أنهم قصروه على المباح الذي خيّر الشرع بين فعله وتركه .

الأمر الرابع : الخلط بين معنى التقييد ومعنى الإلزام ، كما جاء في التعريف الثالث ، حيث جعل الإلزام في مقابلة المنع من الفعل ، والحقيقة أن التقييد شيء ، والإلزام شيء آخر.

التعريف المختار :

من خلال ما سبق ذكره يمكن تعريف تقييد المباح بأنه : **منعُ ولي الأمر فعلَ أو تركَ ما لم يُوجب الشرع فعله أو تركه** .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

شرح التعريف :

قوله : (**منع ولي الأمر**) قيد يخرج به منع غير ولي الأمر ، كمنع الشرع ، ومنع الشخص نفسه.

قوله : (**فعل أو ترك**) فيه بيان أن التقييد يكون بمنع الفعل أحياناً ، كما يكون بمنع الترك في أحيان أخرى ، وإن كان المنع من الفعل يقتضي إيجاب الترك ، وإيجاب الفعل يقتضي منع الترك ، يقول القرافي : « المقصود الأول من الأمر الوجوب ، وإن كان يلزمه النهي عن الضدّ وتحريمه ، والمقصود الأول من النهي التحريم ، وإن كان يلزمه وجوب ضدّ من أضداد المنهي عنه ، والكلام أبداً في الحقائق إنما يقع فيما هو في الرتبة الأولى ، لا فيما بعدها »[1].

قوله : (**ما لم يُوجب الشرع فعله أو تركه**) قيد يخرج به الواجب الشرعي الذي ألزم الشارعُ المكلَّف بفعله ، ويخرج به المحرّم الشرعي الذي ألزم الشارع بتركه ، وبذلك يكون المباح في هذا المصطلح شاملاً للمباح المستوي الطرفين الذي خيّر الشرع بين فعله وتركه ، وشاملاً أيضاً لكل من المندوب والمكروه ، اللذين رجّح الشارع في الأول منهما جانب الفعل ، وفي الثاني جانب الترك ، من غير إلزام فيهما .

---

(١) القرافي ، الإحكام ، ص٤١-٤٢.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

المطلب الثالث

التعريف بالأحوال الشخصية

مصطلح الأحوال الشخصية مصطلح مُركّب من كلمتين : الأحوال ، والشخصية ، وقبل بيان المراد من هذا المصطلح المركب في الاصطلاح نُبيّن معنى هاتين الكلمتين في اللغة .

أولاً : المعنى اللغوي للأحوال الشخصية :

الأحوال في اللغة جمع حال ، وحال الشيء: صفته ، وحال الإنسان : ما يختص به من أموره المتغيرة الحسية والمعنوية[1].

وأما الشخصية : فأصلها الفعل الثلاثي شخص ، والشَّخص: جماعة شخص الإنسان ، وجمعه : شخوص وأشخاص .

والشخص : كل جسم له ارتفاع وظهور ، وغلب استعماله في الإنسان ، ومنه : الشخص الأخلاقي ، وهو من توافرت فيه صفات تؤهله للمشاركة العقلية والأخلاقية ، والشخصي: ما يخص إنساناً بعينه ، والشخصية : صفات تميّز الشخص عن غيره[2].

ثانياً : المعنى الاصطلاحي للأحوال الشخصية :

يقصد بالأحوال الشخصية : الأحكام المتعلقة بإنشاء الرابطة الزوجية وإنهائها ، وما يترتب على كل منها من أحكام وآثار ونتائج .

---

(١) ينظر: الفيروزآبادي، محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، بيروت – لبنان، دار الرسالة، مادة (حول)، ١٢٧٨/١، أنيس، إبراهيم، وآخرون ، المعجم الوسيط، تحقيق: مجمع اللغة العربية، دار الدعوة، مادة (حول)، ٢٠٨/١-٢٠٩.

(٢) ينظر: ابن منظور، لسان العرب، مادة (شخص) ٤٥/٧، أنيس، المعجم الوسيط، (شخص) ٤٧٥/١.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

ويعتبر مصطلح الأحوال الشخصية مصطلحاً حديث الاستعمال في الفقه الإسلامي ، فلم يكن هذا الاصطلاح معروفاً أو متداولاً بين الفقهاء ، إلا أن أكثر[١] الفقهاء المعاصرين قد استساغوا هذا المصطلح ، واعتمدوه في مؤلفاتهم ، وشاع استعماله عندهم[٢].

وعلى الرغم من شيوع هذا المصطلح فإن بعض الفقهاء ـ بل والقوانين ـ من درج على استعمال غيره من المصطلحات ، مثل : فقه الأسرة وأحكامها ، وأحكام الزواج والطلاق وآثارهما، ونحوها من المسمّيات[٣].

وبناء على ذلك فإن جدّة مصطلح الأحوال الشخصية لا تعني عدم تناول الفقهاء القدامى لموضوعاته ومسائله ، بل إن الفقهاء على اختلاف مذاهبهم تناولوا موضوعات الأحوال الشخصية في كتبهم في مباحث خاصة ، ككتاب الزواج ، وكتاب الطلاق ، وكتاب الميراث ، ونحوها[٤].

وعلى الرغم من اتفاق فقهاء الشريعة والقانون على المعنى العام للأحوال الشخصية ، فإن هناك تبايناً بين وجهات النظر في إمكانية وضع تعريف جامع لهذا المصطلح[٥]، فبعض فقهاء القانون

---

(١) لم ير بعض الفقهاء المعاصرين جواز إطلاق اسم الأحوال الشخصية على أحكام النكاح والطلاق وآثارهما لما يترتب عليه من محاذير شرعية ، يقول الشيخ بكر أبو زيد : « مصطلح الأحوال الشخصية مصطلح مرفوض شرعاً، وقد اكتسب من الشيوع في العوالم ما لم يكن لغيره ، ولكن المساوئ بقدر شيوعه » ، وقد حذّر الشيخ طلاب العلم من استخدام هذا المصطلح في رسائلهم ومؤلفاتهم ، ينظر: أبو زيد، بكر بن عبد الله ، فقه النوازل، بيروت – لبنان، مؤسسة الرسالة ناشرون، ط١، ١٤٢٧هـ-٢٠٠٦م، ص١٨٣-١٨٧.

(٢) يعتبر الفقيه الحنفي: محمد قدري باشا ، أول من كتب تحت هذا المصطلح من الفقهاء المعاصرين، وذلك في كتابه: "الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية"، فقد دوّن في كتابه هذا الأحكام الفقهية المتعلقة بالزواج والطلاق والميراث ونحوها على شكل مواد قانونية مأخوذة من الفقه الحنفي ، ينظر: الأشقر، عمر سليمان ، الواضح في شرح الأحوال الشخصية، عمّان – الأردن، دار النفائس، ط٣، ١٤٢٦هـ-٢٠٠٦م، ص١٢. الصابوني، عبد الرحمن، نظام الأسرة وحلّ مشكلاتها في ضوء الإسلام، القاهرة – مصر، مكتبة وهبة، ط٩، ١٤٠٣هـ-١٩٨٣م، ص١٧.

(٣) لم تتفق قوانين الأحوال الشخصية على تسمية معينة لهذه القوانين ، فالقانون الليبي سمّاه : أحكام الزواج والطلاق وآثارهما ، والقانون الجزائري والمغربي أطلقوا عليه اسم: مدونة الأسرة أو قانون الأسرة ، وكاختلاف القوانين اختلف المؤلفون المعاصرون ، فبعضهم يسمي كتابه الأحوال الشخصية ، وآخر أحكام الأسرة ، وهكذا .

(٤) ينظر: السباعي، مصطفى، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، دمشق – سوريا، مطبعة جامعة دمشق، ١٣٨٥هـ-١٩٦٥م، ١/٨.

(٥) حاولت محكمة النقض المصرية وضع تعريف محدد للأحوال الشخصية بقولها : « المقصود بالأحوال الشخصية : هي مجموعة ما يتميز به الإنسان عن غيره من الصفات الطبيعية أو العائلية التي رتب عليها القانون أثراً قانونياً في حياته الاجتماعية ، ككون الإنسان ذكراً أو أنثى ، وكونه زوجاً أو أرملاً أو مطلقاً ، أو أباً أو ابناً شرعياً ، وكونه تام الأهلية أو ناقصها لصغر سن أو جنون ، أو كونه مطلق الأهلية أو مقيدها بسبب من أسبابها القانونية »، وعلى الرغم من هذا التحديد فإن النزاع بين الهيئات القضائية في بيان المراد بالأحوال =

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

يرون أنه من المتعذر وضع تعريف محدود منضبط لمصطلح الأحوال الشخصية ، نظراً لكثرة المسائل التي تندرج تحته[1]، لهذا كان الاتجاه الراجح لبيان هذا المصطلح هو استعراض وتعداد مسائله .

ثالثاً : تحديد مسائل الأحوال الشخصية :

سارت قوانين الأحوال الشخصية في البلاد العربية في تحديد المسائل التي تعتبر من الأحوال الشخصية على ما أصدره قانون تنظيم القضاء في مصر عام ١٩٤٩م ، الذي حدّد في مادته الثالثة عشر ما يدخل تحت هذا المصطلح من مسائل ، « ونّص على أنها تشتمل على ما يلي:

١- المسائل المتعلقة بأحوال الناس وأهلية كل فرد منهم.

٢- المسائل المتعلقة بنظام الأسرة كالخطبة والزواج ، وحقوق الزوجين وواجباتهما ، والطلاق والتطليق والتفريق .

٣- المسائل المتعلقة بالبنوة والإقرار بالأبوة وإنكارها ، والعلاقة بين الأصول والفروع ، والحضانة ، وتصحيح النسب ، والالتزام بالنفقة للأقارب .

٤- المسائل المتعلقة بالولاية ، والوصاية ، والقوامة ، والحجر ، والغيبة ، والفقد ، ونحوها .

٥- المسائل المتعلقة بالمواريث والوصايا وغيرها من التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت»[2].

وترجع أهمية هذا التحديد إلى تعيين القانون الواجب التطبيق ، وتعيين المحكمة المختصة بالنظر في المنازعات التي تقوم بين الأفراد والفصل فيها .

=

الشخصية لم ينقطع حتى حددت المسائل ، ينظر: منصور، حسن حسن، الموسوعة القضائية في مسائل الأحوال الشخصية، الإسكندرية، مصر، دار الجامعة الجديدة، ١٣٩/١، قمحاوي، محمد حامد، وعبد الله، السيد عمر، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين، الإسكندرية – مصر، دار المطبوعات الجامعية، ١٩٨٦م، ص١٥.

(١) ينظر: منصور، حسن حسن، المحيط في شرح مسائل الأحوال الشخصية، الإسكندرية – مصر، دار الجامعة الجديدة، ١٩٩٧م، ص٢٦.

(٢) الغندور، أحمد، الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي، بيروت – لبنان، مكتبة الفلاح، ط الرابعة، ١٤٢٢هـ-٢٠٠١م، ص٢٢.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

رابعاً : قوانين الأحوال الشخصية في البلاد العربية :

لم تكن مسائل الأحوال الشخصية مقننة في الدول العربية ، إذ كان القاضي يحكم بما يتوصل إليه اجتهاده في المسائل المعروضة عليه ، وإن تقيّد في أغلب الدول بالمذهب المنتشر في تلك الدولة .

ولكن مع التطور الاجتماعي والسياسي الحاصل في المجتمعات العربية أصبحت الحاجة ملحة لتدوين القوانين وتقنينها تقنيناً علمياً ، يسهل للقاضي والمحامي وأصحاب الدعاوي معرفة الحكم وتطبيقه تطبيقاً سليماً[1].

لذلك فقد لجأت معظم الدول العربية إلى وضع قانون للأحوال الشخصية ، وألزمت القضاة بالحكم به ، وإن كان بعض الدول العربية ما زالت لم تصدر قوانين للأحوال الشخصية ، ويحكم القضاة فيها طبقاً لما يتوصل إليه اجتهاده ضمن المذهب المعتمد فيها ، كالمملكة العربية السعودية واليمن[2].

وقد مرّت قوانين الأحوال الشخصية بعدة مراحل قبل صدورها بصورة نهائية ، ولا زالت تشهد بعض التغييرات والتعديلات في بعض موادها من حين لآخر .

هذه التغييرات والتعديلات قد يكون بعضها بسبب التطور السياسي في بعض البلاد ، وبعضها الآخر بدعوى مواكبة التطور الاجتماعي الذي يحصل في المجتمعات ، ولا شك أن دخول بعض الدول العربية في معاهدات واتفاقيات دولية له أثر في بعض هذه التعديلات .

---

(١) ينظر: داود، أحمد محمد، الأحوال الشخصية، عمّان – الأردن، دار الثقافة، ط١، ٢٠٠٩م، ١٤٣٠هـ، ص٢١-٢٣.

(٢) يقصد بتقنين الشريعة : تحديد أحكام مفصلة للمسائل على صورة مواد قانونية ليحكم في كل مسألة بما وضع لها من حكم ، وهذه المسألة محل بحث طويل وجدل عريض لا يزال بابه مفتوحاً بين المؤيدين والمعارضين ، وقد صدرت عدة مؤلفات معارضة للتقنين ، منها: تقنين الشريعة أضراره ومفاسده، للشيخ عبد الله البسام، وكتاب : التقنين والإلزام ، للشيخ بكر أبو زيد، الذي تناول فيها آراء المؤيدين والمعارضين بالعرض والمناقشة ، وانتهى إلى تأييد رأي المعارضين. ينظر: أبو زيد، بكر بن عبد الله، التقنين والإلزام، الرياض – السعودية، دار الهلال، ط١، ١٤٠٢هـ-١٩٨٢م، ص٢٥.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

وفيما يلي عرض مختصر لتاريخ قوانين الأحوال الشخصية في بعض البلاد العربية التي سيُقتصر عليها في ذكر التطبيقات الفقهية لتقييد المباح في مسائل الأحوال الشخصية .

١- قانون الأحوال الشخصية الليبي :

خضعت ليبيا لحكم الدولة العثمانية فترة طويلة ، وقد كان المذهب المعتمد لهذه الدولة هو المذهب الحنفي ، الذي كانت تُلزم القضاة بالحكم به ، وباعتبار أن أهل ليبيا كانوا يطبقون المذهب المالكي ، كما هو الحال في بلاد المغرب العربي ، فقد استثنت الدولة العثمانية هذه البلاد من الحكم بالمذهب الحنفي ، وأجازت للقضاة الفصل في المنازعات طبقاً لمذهب الإمام مالك ، فقد كان هناك قاضٍ مالكي تعيّنه الدولة إضافة إلى القاضي الحنفي ، وكان على القاضي الحنفي أن يأخذ برأي القاضي المالكي .

واستمرّ تطبيق المذهب المالكي فيما يتعلق بالأحوال الشخصية في عهد الاحتلال الإيطالي وزمن الإدارة البريطانية .

وبعد استقلال ليبيا عام ١٩٥١م تكرّرت المحاولات لوضع قانون للأحوال الشخصية ، ففي سنة ١٩٥٤م صدر قانون نظام القضاء الذي نصّ على أن تطبق في مسائل الأحوال الشخصية أحكام الشريعة الإسلامية وفقاً لأرجح الأقوال[١] من مذهب الإمام مالك ، ثم عُدّل سنة ١٩٦٤م إلى الأخذ بالمشهور[٢] وما جرى عليه العمل[٣].

---

(١) الراجح في المذهب المالكي هو : ما قوي دليله ، وقد يعبّر عنه ببدائل اصطلاحية أخرى كالأصح والصواب والظاهر ، ينظر: الريسوني، قطب، التعارض الراجح والمشهور في المذهب المالكي، بيروت – لبنان، دار ابن حزم، ط الأولى، ١٤٣٠هـ-٢٠٠٩م، ص٩-١٠.

(٢) اختلف فقهاء المالكية في المراد بالمشهور ، فقيل هو: ما كثر قائلوه من الفقهاء ، وأكثر فقهاء المذهب على هذا التعريف ، وقيل هو: قول ابن القاسم في المدونة، ينظر: ابن فرحون برهان الدين إبراهيم بن محمد، تبصرة الحكّام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، تحقيق: جمال مرعشلي، بيروت – لبنان، دار الكتب العلمية، ١٤٢٢هـ-٢٠٠١م، ١/٥٦.

(٣) مصطلح ما جرى به العمل مصطلح مالكي من أهم قواعد الترجيح عند المالكية في القضاء والحكم، ويقصد به : تقديم الحكم بالقول الذي يجري به العمل حتى لو كان شاذاً أو ضعيفاً وترجيحه على غيره حتى لو كان راجحاً أو مشهوراً ، وبذلك يصبح ما جرى به العمل في الدرجة الأولى ترجيحاً قضاء وفتوى ، ويقسم المالكية هذا النوع إلى قسمين: ١- العمل المحلي : ويطلق على الآراء =

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

وبعد قيام الثورة وفي سنة ١٩٧٢م صدر قانون في بعض مسائل الأحوال الشخصية ، ثم أكّد على وجوب تطبيق مشهور المذهب المالكي سنة ١٩٧٦م ، واستمر العمل على ذلك حتى سنة ١٩٨٤م.

وفي هذه السنة صدر القانون رقم (١٠) ، الذي سُمِّي بقانون : أحكام الزواج والطلاق وآثارهما ، وتميّز هذا القانون بعدم اعتماده وتقيّده بمذهب معين .

واقتصر القانون على معالجة مواضيع الزواج والطلاق ، وأما المسائل الأخرى للأحوال الشخصية فبقي العمل فيها بناء على المشهور من المذهب المالكي[1].

واستمر العمل بهذا القانون حتى يومنا هذا ، وإن جرت عليه بعض التعديلات في بعض مواده ، وقد جاء القانون في ثلاثة أبواب ، وهي : الزواج ، والفرقة بين الزوجين ، وآثار انحلال الزواج ، وقد ضمّ خمساً وسبعين مادة .

٢- قانون الأحوال الشخصية الأردني :

ظلّ الأردن محكوماً في مسائل الأحوال الشخصية بقانون حقوق العائلة العثماني الذي أصدرته الدولة العثمانية سنة ١٩١٧م .

وفي سنة ١٩٤٧م صدر قانون حقوق العائلة الأردني المؤقت ، ليصدر في سنة ١٩٥١م قانون حقوق العائلة الأردني .

=

القضائية التي اعتمد فيها ما هو مخالف للراجح أو المشهور نظراً لعرف أو عادة خاصة ببلد أو قطر معين. ٢- العمل المطلق: ويراد به الآراء القضائية التي اعتمدوا فيها ما هو مخالف للراجح والمشهور نظراً لتحقيق مصلحة عامة أو سدّ ذريعة أو عرف عام ، ينظر: علي: محمد إبراهيم، اصطلاح المذهب عند المالكية، دبي- الإمارات، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، ط١، ١٤٢١هـ-٢٠٠٠م، ص٢١٢.

(١) ينظر: الجليدي: سعيد محمد، أحكام الأسرة في الزواج والطلاق وآثارهما، الخمس – ليبيا، مطابع عصر الجماهير، ط٢، ١٩٨٨م، ١/٨-١٣، زبيدة: الهادي علي، أحكام الأسرة في التشريع الليبي، سبها – ليبيا، ط١، ٢٠٠٩م، ص١٣-٢٤.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

واستمرّ العمل بهذا القانون إلى أن صدر في سنة ١٩٧٦م قانون جديد ، سُمِّي بقانون الأحوال الشخصية ، ثم حصل تعديل على بعض مواد القانون بموجب القانون المؤقت رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠١م[١].

وفي سنة ٢٠١٠م صدر قانون جديد للأحوال الشخصية ، وقد اشتمل القانون على ثلاثمائة وثمان وعشرين مادة ، وُزِّعت على ثمانية فصول .

٣- قانون الأحوال الشخصية الإماراتي :

بعد حصول الإمارات العربية المتحدة على استقلالها سنة ١٩٧١م ، تكرّرت المحاولات لوضع قانون للأحوال الشخصية ، ففي سنة ١٩٧٨م صدر أول مشروع لقانون الأحوال الشخصية ، إلا أنه بقي مشروعاً ولم يصدر به قانون ، ثم صدر القانون الموحد لدول مجلس التعاون الخليجي الذي اصطُلِح على تسميته : وثيقة مسقط للأحوال الشخصية .

وبقي العمل بالقانون السابق إلى أن صدر القانون الاتحادي للأحوال الشخصية رقم (٢٨) لسنة ٢٠٠٥م[٢].

وقد اشتمل القانون على ثلاثمائة وثلاث وستين مادة في خمسة كتب ، وهي : الزواج ، وفرق الزواج ، والأهلية والولاية ، والوصية ، والتركات والمواريث .

٤- قانون الأحوال الشخصية المغربي :

منذ أن انتشر المذهب المالكي في بلاد المغرب ظلّ القضاة يفصلون بين الناس في المنازعات وفق هذا المذهب ، حتى الحماية الفرنسية والتي فرضت على المغرب قانوناً طبقته في محاكم عُرفت باسم المحاكم العرفية ، واستمرّ العمل على هذا الحال حتى حصول المغرب على استقلاله سنة ١٩٥٦م.

---

(١) ينظر: السرطاوي، محمود علي، فقه الأحوال الشخصية، عمّان – الأردن، دار الفكر، ط١، ١٤٢٨هـ-٢٠٠٨م، ص١٦، الأشقر، الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية، ص١٨-١٩، الصابوني: نظام الأسرة، ص٢٣.

(٢) ينظر: الصابوني: نظام الأسرة، ص٢٧، الجنيدي، علي حسين، ٢٠٠٩م، التفريق القضائي بين الزوجين ، ماجستير، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، قسم الفقه وأصوله، جامعة اليرموك، الأردن، ص١٣-١٤.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

وفي سنة ١٩٥٧م صدر أول قانون للأحوال الشخصية سُمِّي باسم : مدونة الأحوال الشخصية[١].

وفي سنة ٢٠٠٤ صدر قانون جديد للأحوال الشخصية ، وجاء هذا القانون في أربعمائة مادة موزّعة على سبعة كتب ، وهي : الزواج ، وانحلال ميثاق الزوجية وآثاره ، والولادة ونتائجها ، والأهلية والنيابة الشرعية ، والوصية ، والميراث ، وأحكام انتقالية وختامية .

وقد سُمِّي هذا القانون باسم : مدونة الأسرة ، كما جاء في المادة الأولى منه بدل اسم مدونة الأحوال الشخصية كما في القانون السابق .

٥- **قانون الأحوال الشخصية الجزائري :**

كان الحال في الجزائر مثله في المغرب في اعتماد القضاة على المذهب المالكي في الحكم في مسائل الأحوال الشخصية ، وفي أثناء الاحتلال الفرنسي بقي الأمر كذلك حتى سنة ١٩٥٧م ، حيث ألزمت فرنسا القضاة بقانون جديد للأحوال الشخصية .

واستمر الأمر على هذه الحال حتى بعد استقلال الجزائر سنة ١٩٦٢م ، وفي سنة ١٩٧٥م صدر قانون بإلغاء القانون الفرنسي واعتماد الشريعة كأساس للفصل في مسائل الأحوال الشخصية .

وفي سنة ١٩٨٤م صدر قانون الأسرة الجزائري ، ثم عُدِّلت بعض مواده في سنة ٢٠٠٥م ، وقد اشتمل القانون على مائتين وأربع وعشرين مادة في أربعة كتب ، وهي : الزواج وانحلاله ، والنيابة الشرعية ، والميراث ، والتبرعات[٢].

---

(١) توفيق، عبد العزيز، مدونة الأحوال الشخصية مع آخر التعديلات ، الدار البيضاء – المغرب، دار الثقافة، ١٤١٤هـ-١٩٩٣م، ص١٥-٢٢.

(٢) ينظر: العربي: بلحاج، قانون الأسرة، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، ١٩٩٤م، ص١-٣، الجندي: أحمد نصر، شرح قانون الأسرة الجزائري، القاهرة – مصر، دار الكتب القانونية، دار شتات، ٢٠٠٩م، ص٨-١٠، صقر، نبيل، قانون الأسرة نصاً وتطبيقاً، عين مليلة، الجزائر، دار الهدى، ٢٠٠٨م، ص٦-٧.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

المبحث الثاني

مشروعية تقييد المباح

وفيه ثلاثة مطالب

المطلب الأول : حكم تقييد ولي الأمر للمباح

المطلب الثاني : القواعد الشرعية وأثرها في تقييد المباح

المطلب الثالث : ضوابط تقييد المباح

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

المطلب الأول

حكم تقييد ولي الأمر للمباح

تبيّن مما سبق أن ولي الأمر قد أُعطى سلطات واسعة في الظروف الطارئة لمعالجة المشكلات الواقعة بين الناس بما يراه مناسباً ومحققاً لمصلحة الأمة .

واتّضح أيضاً أن معنى تقييد المباح هو نقله من جانب التخيير إلى جانب وجوب الفعل أو الترك.

فهل يصح أن يقيّد ولي الأمر ما أباحه الله عز وجل ؟ وهل يحق له أن ينقل الحكم التخييري إلى الحكم الطلبي فعلاً وتركاً ؟ يتّضح ذلك فيما يلي :

آراء الفقهاء وأدلتهم في تقييد ولي الأمر للمباح :

لم يُفرد الفقهاء لمبحث حكم تقييد المباح مبحثاً خاصاً في مؤلفاتهم ، بل ذُكِر ذلك عند حديثهم عن تصرفات ولي الأمر في فصول وأبواب مختلفة[1]، ومن خلال تتبع عباراتهم في هذه الفصول والأبواب نرى أن هناك خلافاً بين الفقهاء المتقدمين والمتأخرين في حكم تقييد المباح ، وقد أشار الألوسي عند تفسير قوله تعالى :﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَطِيعُواْ ٱللَّهَ وَأَطِيعُواْ ٱلرَّسُولَ وَأُوْلِى ٱلْأَمْرِ مِنكُمْ ﴾[2]، إلى الخلاف بين الفقهاء المتقدمين في هذه المسألة فقال : « إن وجوب الطاعة

---

(١) ورد ذكر هذه المسألة في بعض الكتب الفقهية في باب صلاة الاستسقاء كما هو الحال عند المالكية والشافعية عند الحديث عن أمر ولي الأمر بالصيام ، وهل تجب طاعته في ذلك أم لا ؟ .

(٢) سورة النساء :الآية (٥٩) .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

© Arabic Digital Library-Yarmouk University

لولاة الأمور ما داموا على الحق ، فلا تجب طاعتهم فيما خالف الشرع ... ، وهل يشمل المباح أم لا ؟ فيه خلاف ، فقيل : إنه لا تجب طاعتهم ...، وقيل : تجب أيضاً »[1].

وإذا كان الخلاف واقعاً بين المتقدمين فهو كذلك عند الفقهاء المعاصرين ، ففي حين يذهب أكثرهم إلى حق ولي الأمر في تقييد المباح ، نجد بالمقابل بعض الفقهاء المعاصرين يرى عدم صحة ذلك ، وهؤلاء أصناف : فمنهم من منعه مطلقاً[2]، ومنهم من فرّق بين المباح المنصوص عليه والمباح غير المنصوص عليه ، فأجازه في الثاني دون الأول[3]، ومنهم من منع النهي عن المباح وأجاز الأمر بالمباح[4].

أولاً : آراء الفقهاء في حكم تقييد ولي الأمر للمباح :

يمكن تقسيم آراء الفقهاء في حكم تقييد ولي الأمر للمباح إلى ثلاثة آراء :

الرأي الأول: لا يجوز لولي الأمر تقييد ما أباحه الله تعالى مطلقاً ، وقال به بعض الفقهاء المتقدمين كابن حزم[5]، وبعض الشافعية[6]، وحكاه الألوسي عن بعض الفقهاء من غير أن يُسمّيهم[7].

يقول ابن حزم :« لا يخرج حكم عن أن يأمر به الله تعالى فيكون فرضاً ، أو ينهى عنه فيكون حراماً ، أو لا يكون فيه أمر ولا نهي ، فهو مباح فعله وتركه...،ومن أراد أن يشرع فيها حكماً فهو

---

(١) الألوسي: شهاب الدين السيد محمود ، روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني ، بيروت – لبنان، دار إحياء التراث العربي، ٦٦/٥.

(٢) ينظر: الطريقي: عبد الله ، طاعة أولي الأمر، الرياض – السعودية، دار المسلم، ط١، ١٤١٤هـ-١٩٩٤م، ص٢٤.

(٣) ينظر: الغرياني ، معنى تقييد المباح ، ص : ١ ، الشريف ، محمد بن شاكر، تقييد المباح أو الإلزام به ، ١٤٢٩هـ-١٢-٢٦، www.salmajed.com/node/181.

(٤) ينظر: الطريقي، طاعة أولي الأمر، ص٢٦.

(٥) ينظر: ابن حزم: علي بن محمد، المحلّى، بيروت – لبنان، دار الآفاق الجديدة، ٣٦٤/٩.

(٦) ينظر: البجيرمي، سليمان بن عمر، حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب، القاهرة – مصر، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، ١٣٦٩هـ-١٩٥٠م، ٤٣٩/١.

(٧) ينظر: الألوسي، روح المعاني، ٦٦/٥.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

داخل في الذين ذمّ الله تعالى بقوله:﴿ أَمْ لَهُمْ شُرَكَاءُ شَرَعُوا لَهُم مِّنَ الدِّينِ مَا لَمْ يَأْذَن بِهِ اللَّهُ ﴾[1] »[2]، وجاء في حاشية البجيرمي عن بعض فقهاء الشافعية : « وقال بعضهم : ولا عبرة بأمر المباح إثباتاً ونفياً »[3].

الرأي الثاني : يجوز لولي الأمر تقييد المباح مطلقاً إذا كان في ذلك مصلحة عامة ، وبه قال جمهور الفقهاء المتقدمين والمتأخرين .

ومن نصوص الفقهاء الدالّة على ذلك ما يلي :

قال ابن عابدين في حاشيته : « وطاعة أمر السلطان بمباح واجبة ...»[4]، وقال ابن عبد البر في التمهيد : « وكل إمام يقيم الجمعة والعيد ويجاهد العدو ويقيم الحدود وينصف الناس فواجب طاعته في كل ما يأمر به من الصلاح أو من المباح »[5]، وجاء في حاشية الدسوقي : « وإذا أمر ولي الأمر بمباح أو مندوب وجبت طاعته »[6].

وعند الشافعية : « والمباح يصير واجباً بأمر الإمام فتجب طاعته ، ومنهيه كمأموره فيمتنع ارتكابه »[7].

وعند المتأخرين ، يقول أبوزهرة : « وإن بعض المباحات قد تُقيّد لمصلحة تقتضي التقييد»[1]، ويقول القرضاوي : « إن من حق ولي الأمر المسلم أن يقيّد المباح للمصلحة ، وهو تقييد مؤقت ومعلل ، ومثل هذا يشرع للإمام أن يلجأ إليه في سياسة الرعية »[2].

---

(١) سورة الشورى :الآية (٢١) .

(٢) ابن حزم، المحلى، ٣٦٤/٩.

(٣) البجيرمي، حاشية البجيرمي، ٤٣٩/١.

(٤) ابن عابدين : محمد أمين، حاشية ردّ المحتار على الدر المختار، بيروت – لبنان، دار الفكر، ١٤٢١هـ-٢٠٠٠م، ١٦٧/٥-١٦٨.

(٥) ابن عبد البر: يوسف بن عبد الله، التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، الرباط – المغرب، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، تحقيق: مصطفى العلوي، محمد البكري، ١٣٨٧هـ، ٢٧٩/٢٣.

(٦) الدسوقي: محمد عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، بيروت – لبنان، دار الفكر، ٤٠٦/١.

(٧) الجمل، سليمان، حاشية الجمل على شرح المنهج، بيروت – لبنان، دار الفكر ١١٧/٢، الشرواني، عبد الحميد، حواشي الشرواني على تحفة المحتاج، بيروت – لبنان، دار الفكر، ٧١/٣-٧٢.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

الرأي الثالث : التفصيل ، فيجوز لولي الأمر تقييد المباح في حالات دون حالات أخرى ، وهؤلاء فريقان :

الفريق الأول : فرّق بين المباح المنصوص عليه وبين المباح غير المنصوص على إباحته ، فيجوز لولي الأمر تقييد المباح غير المنصوص على إباحته ، ولا يجوز له ذلك في المباح المنصوص عليه ، وبه قال الشيخ الصادق الغرياني[٣]، ومحمد بن شاكر الشريف[٤] .

يقول الغرياني : « المباح الذي لا يجوز تقييده يشمل ما يلي : ١ ـ مباح منصوص عليه دلّ الدليل السمعي في خطاب الشرع على التخيير بين أفراده بالفعل والترك من غير بدل ، فهذا لا يجوز تقييده ، كالنكاح ، والطلاق ، وتعدد الزوجات ، ونحوها ، فأصول المباحات المنصوص عليها محفوظة لثبوتها بالوحي ، لا يجوز منعها ولا تقييدها... ، ٢ ـ تقييد جزئي لمباح منصوص عليه بما يؤدي إلى منع أصله فهذا لا يجوز ...، وأما المباح الذي يجوز تقييده فهوالمباح غير المنصوص عليه ، وهو ما سكت عنه الشارع وكان داخلا في العفو العام، فللإمام ـ بمقتضى السياسة الشرعية ـ الحق في الاجتهاد بتقييد بعض الأمور المباحة التي يشملها العفو والإذن العام ، دون أن يكون منصوصاً عليها »[٥] .

الفريق الثاني : فرّق بين الأمر بالمباح والنهي عنه ، فيجوز لولي الأمر تقييد المباح بالأمر به مطلقاً ، سواء كان الأمر فردياً أو جماعياً ، وأما النهي عن المباح فيصح إن كان فردياً ، ولا يصح النهي عن المباح جماعياً ، وبه قال الدكتور عبدالله الطريقي[٦] .

=

(١) أبو زهرة، محمد، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي، القاهرة – مصر، دار الفكر العربي ، ص : ١٩٣ .

(٢) القرضاوي ، السياسة الشرعية ، ص٢٠٩.

(٣) ينظر : الغرياني ، معنى تقييد المباح ، ص : ١-٢ .

(٤) ينظر : الشريف ، تقييد المباح أو الإلزام به ، ص : ٢.

(٥) الغرياني ، معنى تقييد المباح ، ص : ١-٢.

(٦) ينظر : الطريقي ، طاعة أولي الأمر ، ص : ٢٦-٢٧.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

يقول الطريقي : « وأما تقييد المباح فالذي يظهر لي : التفصيل ، وذلك بالتفريق بين الأمر بالمباح ، والنهي عنه ، فإذا أمر بالمباح وجب امتثاله... ، وأما إذا نهى عن أمر مباح ، فيُفرّق بين النهي الفردي ، والنهي الجماعي ، فيجوز في الأول دون الثاني »[1] .

ثانياً : الأدلّـة على حكم تقييد المباح ومناقشتها :

وقد ساق كل فريق من الفقهاء أدلّته التي تؤيد رأيه ، وبيانها كالتالي :

أدلّة القول الأول :

استدل القائلون بعد جواز تقييد ولي الأمر للمباح بعدة أدلة من القرآن الكريم والسنة النبوية ، من أهمها :

الـدليل الأول: قولـه تعـالى : ﴿ أَمْ لَهُمْ شُرَكَٰٓؤُا۟ شَرَعُوا۟ لَهُم مِّنَ ٱلدِّينِ مَا لَمْ يَأْذَنۢ بِهِ ٱللَّهُ ﴾[2]، وقوله تعالى : ﴿ وَلَا تَقُولُوا۟ لِمَا تَصِفُ أَلْسِنَتُكُمُ ٱلْكَذِبَ هَٰذَا حَلَٰلٌ وَهَٰذَا حَرَامٌ ﴾[3]، وقال تعالى : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَا تُحَرِّمُوا۟ طَيِّبَٰتِ مَآ أَحَلَّ ٱللَّهُ لَكُمْ ﴾[4]، وقـال تعـالى : ﴿ قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ ٱللَّهِ ٱلَّتِىٓ أَخْرَجَ لِعِبَادِهِۦ وَٱلطَّيِّبَٰتِ مِنَ ٱلرِّزْقِ ﴾[5].

ووجه الدلالة من هذه الآيات وما في معناها : أن الله سبحانه وتعالى نهى في هذه الآيات عن تحريم ما أحلّ الله عز وجل ، وحذّر من ذلك أشد التحذير ، لأن تحريم ما أحل الله تشريع ،

---

(١) الطريقي ، طاعة أولي الأمر ، ص : ٢٦-٢٧ بتصرف .

(٢) سورة الشورى: ٢١.

(٣) سورة النحل: ١١٦.

(٤) سورة المائدة: ٨٧.

(٥) سورة الأعراف: ٣٢.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

والتشريع حق له وحده سبحانه وتعالى ، وبما أن تقييد المباح يشمل بوجه ما تحريم ما أباح الله تعالى ، فيشمله هذا النهي والتحذير ، فيكون ممنوعاً[1].

وقد نوقش الاستدلال بأن تقييد المباح من ولي الأمر يدخل في تحريم ما أحلّ الله تعالى ، وأنه اعتداء على حقّه سبحانه في التشريع بما يلي :

١- أما القول بأن في تقييد ولي الأمر للمباح تحريماً لما أباحه الله تعالى ، فيكون ممنوعاً ، فإن هذا غير صحيح ، لأن طاعة ولي الأمر في المباح لا تستلزم تحريم ما أباح الله تعالى ، غاية ما في الأمر أن ولي الأمر رأى أن في فعل أمر ما مصلحة أو أنه يترتب على تركه مفسدة فقيّده وأمر به لا على أنه تشريع ، بل على أنه توجيه للصالح وإلزام به حتى لا تفوت مصلحته ، وهذا أمر لا معنى لوصفه بأنه تحريم لما أحل الله أو تحليل لما حرّم[2].

٢- وأما ادعاء أن في تقييد ولي الأمر للمباح اعتداء على حق الله تعالى في التشريع ، فجوابه من وجهين :

أ- إن تغيير الحكم الاختياري من جانب الاختيار في الفعل والترك إلى جانب الطلب فعلاً أوتركاً ليس تشريعاً ، بل هو إظهار لحكم الله تعالى ، وتنفيذ لما أمر به .

وبيان ذلك أن ولي الأمر عندما توجب عليه المصلحة ـ التي هي أحد الأدلة الشرعية ـ أن يقيد المباح ، لم يعد ذلك الأمر من قبيل المباح ، لأن وصف الإباحة قد زال عنه بعد أن اقتضت المصلحة ذلك ، فولي الأمر رأى أن الحكم الذي كان مباحاً طرأ عليه ما يقتضي تغييره إلى أن يصير واجباً أوممنوعاً ، والذي أوجب المغايرة ليس هو تدخل ولي الأمر ، بل الطوارئ التي طرأت على

---

(١) ينظر: الألوسي، روح المعاني، ٥/٦٦، الغرياني، معنى تقييد المباح، ص١، الطريقي، طاعة أولي الأمر، ص٢٧.

(٢) ينظر: زيدان، عبد الكريم، القيود الواردة على الملكية الخاصة للمصلحة العامة، عمّان- الأردن، جمعية عمّال المطابع التعاونية، ط١، ١٤٠٢هـ-١٩٨٢م، ص٨٤، مذكور، نظرية الإباحة، ص٣٣٠.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

هذا الحكم هي ما استدعت تغيّره ، وما دور ولي الأمر إلا إظهار هذا التغيّر وتنفيذه ، وقد ذكرنا عن الشاطبي أن المباح قد يصير واجباً أو ممنوعاً بالأمور والمقاصد الخارجية[1].

وبذلك يظهر أن تقييد ولي الأمر للمباح ليس تشريعاً من دون الله تعالى ، بل إظهار لحكم الله وتنفيذ له ، وتنفيذ الأحكام وإظهارها ليس تشريعاً ، وإن سُمِّي في الاصطلاح القانوني تشريعاً[2].

ب- إن ولي الأمر إنما يستند في تقييده لما أباح الله تعالى على الحق الذي منحه الله إياه ، ويمارس ما أمره الشرع به ، فإذا اقتضت المصلحة العامة تقييد المباح أمر الشارع ولي الأمر أن يقيّده ما دام يحقق مصلحة ، وأمر الشرع الرعية أن يطيعوه في ذلك ، شأنه في ذلك شأن سائر المجتهدين، وإن كان حكم ولي الأمر وطاعته أوجب من اجتهاد المجتهد ، لما له من حق الطاعة من جهة الحكم والإمارة ، وفي هذا يقول العز ابن عبد السلام : « لا طاعة لأحد من المخلوقين إلا لمن أذن الله في طاعته ، كالرسل والعلماء والأئمة والقضاة والولاة والآباء ... ، ولا طاعة للأمراء إلا فيما يعلم المأمور أنه مأذون في الشرع »[3]، ويقول القرافي : « إن الحاكم إذا أنشأ حكماً أو إلزاماً ما بحسب ما يظهر له من الدليل الراجح ، فهو إذا أخبر الناس أخبرهم بما حكم به هو ، لأن الله فرض إليه ذلك »[4]، وبذلك يظهر أن تدخل ولي الأمر لتقييد المباح لا ينافي أن الحاكم في جميع الأحكام ثابتها ومتغيرها هو الله سبحانه وتعالى[5].

---

(١) ينظر: أبو زهرة، الجريمة والعقوبة ، ٢٨٢/١.

(٢) ينظر: مدكور، نظرية الإباحة، ص٣٢٨.

(٣) ابن عبد السلام، عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، تحقيق: نزيه حمّاد، عثمان ضميرية، دمشق – سوريا، دار القلم، ط١، ١٤٢١هـ-٢٠٠٠م، ٢٧٣/٢.

(٤) القرافي: أحمد بن إدريس، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام، تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة، بيروت – لبنان، دار البشائر الإسلامية، ط٤، ١٤٣٠هـ-٢٠٠٩م، ص٩٧.

(٥) ينظر: مدكور: نظرية الإباحة، ص٣٣٨.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

الدليل الثاني : عن سلمان ﷺ قال : قال رسول الله ﷺ : « الحلال ما أحله الله في كتابه ، والحرام ما حرّمه ، وما سكت عنه فهو عفو »[1]، وعن أبي ثعلبة الخشني أن رسول الله ﷺ قال : « إن الله فرض فرائض فلا تضيعوها ، وحرّم أشياء فلا تنتهكوها ، وعفا عن أشياء رحمة بكم لا عن نسيان فلا تبحثوا عنها »[2].

ووجه الدلالة من هذه الأحاديث : أنها تدّل على أهمية المباح في التشريع نظراً للمصلحة المتحققة من تشريعه ، واعتبار المباح مظهراً من مظاهر رفع الحرج في الشريعة ، والذي يعتبر مبدأ من مبادئ التشريع الكلية، لذلك اعتبر الشاطبي المباح مندرجاً في أحد معاني الرخصة وإطلاقاتها .

وبالتالي كان لا بد من التنبيه والإشارة إلى ضرورة المحافظة على هذا الحيز التشريعي في أفعال المكلف لأهميته ، وبما أن تقييد المباح يؤدي إلى تضييق مساحة المباح ، وبالتالي يؤدي إلى إهدار المصلحة المقصودة شرعاً من هذا الحكم الشرعي ، فيكون ممنوعاً[3].

ويمكن أن يناقش هذا الاستدلال بما يلي :

أ- إن تقييد المباح ليس حظراً لجنسه حتى يُقال إن ذلك سيؤدي إلى تضييق دائرته في التشريع الإسلامي ، وإنما هو حظر لمباح مع وجود مباح آخر أحسن منه ، فعمر بن الخطاب ﷺ لما قيّد المباح بمنعه التزوج من الكتابيات لم يمنع جنس المباح؛ لأنه يوجد مباح آخر أفضل منه ، وهو التزوج من المسلمات .

---

(١) سبق تخريجه ص:٣٣ .

(٢) سبق تخريجه ص :٤١ .

(٣) ينظر: بن عمر، عمر بن صالح، مقاصد الشريعة عند الإمام العز ابن عبد السلام، عمّان – الأردن، دار النفائس، ط١، ١٤٢٣هـ-٢٠٠٣م، ص٣٨٣-٣٨٤.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

ب- أن هذا يصح فيما لو كان تقييد ولي الأمر للمباح تقييداً مستديماً ، وليس الأمر كذلك ، بل هو تصرف مؤقت مستنده السياسة الشرعية ، وباعثه مراعاة بعض الظروف والأحوال الطارئة ، وهذا التقييد يزول بزوال سببه .

الدليل الثالث : فعل النبي ﷺ ، فقد امتنع النبي ﷺ عن تقييد المباح ، فعن أنس ﷺ قال : غلا السعر على عهد رسول الله ﷺ ، فقالوا يا رسول الله : لو سعرت ، فقال : « إن الله هو القابض الباسط الرازق المُسعِّر، وإني لأرجو أن ألقى الله وليس أحد منكم يطالبني بمظلمة في دم ولا مال »[1].

ووجه الدلالة من هذا : أن رسول الله ﷺ رفض أن يقيد ما أباح الله عز وجل ويمنعه ، وبيّن أن التسعير ظلم[2]، والظلم حرام لا يجوز ، ومع أن المسلمين قد طلبوا التسعير من الرسول ﷺ لحاجتهم ، ولكن رسول الله ﷺ لم يجبهم لطلبهم ، ولو كان جائزاً لأجابهم ، وإذا لم يقيد رسول الله ﷺ ما أباحه الله تعالى ، فليس لغيره من ولاة الأمور ذلك[3].

ويمكن أن يُجاب على هذا الاستدلال : بأنه قد ثبت عن النبي ﷺ وعن بعض الخلفاء الراشدين أمثلة كثيرة ـ سيأتي ذكر بعضها ـ تدلّ على مشروعية تقييد ولي الأمر للمباح ، وهذا يعني أن الأدلة متعارضة ، وعند التعارض يُلجأ إلى الجمع والتوفيق ما أمكن ذلك ، ووجه الجمع : أن

---

(١) أبو داود ، سنن أبي داود ، كتاب الإمارة، باب في التسعير، ح(٣٤٥١) الترمذي ، سنن الترمذي ، كتاب البيوع، باب ما جاء في التسعير، ح(١٣١٤) ابن ماجه ، سنن ابن ماجه ، كتاب التجارات، باب من كره أن يسعر، ح(٢٢٠٠)والحديث صححه الترمذي فقال عنه : هذا حديث حسن صحيح ، وقال ابن حجر: إسناده على شرط مسلم، ينظر: ابن حجر: التلخيص الحبير، ١٤/٣.

(٢) التسعير: هو إجبار أرباب السلع أو المنافع الفائضة عن حاجتهم على بيعها بثمن أو أجر معين ، وقد اختلف الفقهاء في حكمه ، فالجمهور ذهبوا إلى عدم جوازه ، ويرى بعض فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة كابن تيمية وابن القيم جواز التسعير العادل بل وجوبه إذا احتاج الناس إليه ، ينظر: ابن عابدين، حاشية رد المحتار، ٤٠٠/٦، ابن عبد البر، يوسف بن عبد الله، الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار، تحقيق: سالم عطا، محمد معوض، بيروت – لبنان، دار الكتب العلمية، ط١، ٢٠٠٠م، ٤١١/٦-٤١٢، الماوردي، علي بن محمد، الحاوي الكبير، تحقيق :علي معوض، عادل عبد الموجود، بيروت- لبنان، دار الكتب العلمية، ط١، ١٤١٩هـ-١٩٩٩م، ٤٠٨/٥، ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ١٠٥/٢٨، ابن القيم، محمد بن أبي بكر، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، تحقيق: صالح الشامي، بيروت – لبنان، المكتب الإسلامي، ط١، ١٤٢٣هـ-٢٠٠٢م، ص٤٣٦-٤٤٠، الدريني، فتحي، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، بيروت – لبنان، مؤسسة الرسالة، ط٢، ١٤٢٩هـ-٢٠٠٨م، ٥٠١/١.

(٣) ينظر: العبادي ، الملكية ، ٣٠٤/٢.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

يُحمل امتناع النبي ﷺ عن تقييد المباح على عدم وجود مصلحة في ذلك ، ويحمل تقييده ﷺ إذا كانت مصلحة المسلمين تقتضي ذلك .

فامتناع النبي ﷺ عن التسعير لأنه لم يكن هناك ما يقتضيه ، فغلاء السعر الذي حدث في زمنه عليه الصلاة والسلام لم يكن بدافع الجشع والظلم والاستغلال ، إنما كان الغلاء بسبب قلة المعروض من السلع وكثرة الناس ، قال ابن القيم : « ومن احتج على منع التسعير مطلقاً بقول النبي ﷺ : « إن الله هو القابض الباسط المسعر ...» ، قيل له : هذه قضية معينة ، وليست لفظاً عاماً ، وليس فيها أن أحداً امتنع عن بيع ما الناس يحتاجون إليه ، ومعلوم أن الشيء إذا قلّ رغب الناس في المزايدة فيه ، فهنا لا يُسعر عليهم »[1]، ويقول أيضاً : « وجماع الأمر أن مصلحة الناس إذا لم تتم إلا بالتسعير سُعِّر عليهم ، تسعير عدل لا وكس ولا شطط ، وإذا اندفعت حاجتهم وقامت مصلحتهم بدونه لم يُفعل »[2].

وبناء على ما سبق فإن الاستدلال بامتناع النبي ﷺ عن التسعير على عدم جواز تقييد ولي الأمر للمباح ، ليس بصحيح على إطلاقه .

الدليل الرابع : إن إعطاء ولي الأمر صلاحية تقييد المباح يؤدي إلى إمكان أن يتصرف بحسب هواه في الأحكام الاجتهادية ، وقد لا يهمّه موافقتها لقواعد الشريعة ، فيتعسف الولاة في تقييد ما أباحه الله عز وجل ، فسدّاً لذريعة ذلك يُمنع ولي الأمر من التقييد[3].

ويجاب على الاستدلال بإمكانية تعسف ولي الأمر في تقييد المباح ، بأن ذلك يصح في حالين :

أ-أن يكون باعث ولي الأمر في تقييده للمباح هو الهوى والشهوة .

---

(١) ابن القيم، الطرق الحكمية، ص٤٤٠.

(٢) ابن القيم، الطرق الحكمية، ص٤٤١.

(٣) الزرقا : مصطفى ، المدخل الفقهي العام ، دمشق – سوريا ، دار القلم ، ط٢ ، ١٤٢٥ هـ - ٢٠٠٤م ، ٢٢١/١ .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

ب- أن يكون ولي الأمر جاهلاً بالأحكام الشرعية ، وصدر تقييده للمباح من دون مشورة لأهل العلم .

ولكنه لا يُسلَّم إذا كان تقييد ولي الأمر باعثه النظر لمصلحة الأمة ، وكان مُستند هذا التقييد أصول الشريعة ومقاصدها .

وأيضاً فإن ولي الأمر الذي يقيّد ما أباح الله تعالى له حالان :إما أن يكون من أهل العلم والتقوى والاجتهاد في الشريعة ، وإما ألا يكون كذلك، وعندئذ تجب عليه مشورة أهل العلم .

وفي الحالتين كليهما سيكون تقييده للمباح مبنياً على وفق المصالح والمفاسد ، دون أن يتعارض هذا التقييد مع قواعد الشريعة ونصوصها[1].

وبذلك يبطل الاستدلال بقاعدة سد الذرائع في منع ولي الأمر من تقييد المباح خشية التعسف ومناقضة قصد الشرع .

أدلة القول الثاني :

استدل القائلون بجواز تقييد ولي الأمر للمباح مطلقاً بعدّة أدلة من القرآن الكريم والسنة النبوية ، إضافة إلى الأمثلة التطبيقية من خلال أفعال النبي ﷺ[2]، وتصرفات الخلفاء الراشدين من بعده ، واجتهادات الفقهاء المجتهدين ، وكذلك الاستدلال بالقواعد العامة للشريعة ، والتي تفيد مشروعية التقييد ، ومن هذه الأدلة ما يلي :

---

(١) ينظر : الزرقا، المدخل الفقهي العام، ١/ ٢٢٢ ، العبادي، الملكية، ٢/٢٦٢، مدكور، نظرية الإباحة، ص٣٤٠.

(٢) ينبغي التنبيه إلى أن بعض الأمثلة التي يستشهد بها بعض الباحثين على جواز تقييد المباح من فعل النبي ﷺ كالاستشهاد بمنعه ﷺ بيع الحاضر للباد ، هي في الحقيقة من القيود الشرعية الأصلية ، وليست من القيود الاستثنائية التي يفرضها ولي الأمر ، وقد بيّنا الفرق بينهما.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

الـــدليل الأول : قـــال تعـــالى : ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَطِيعُواْ ٱللَّهَ وَأَطِيعُواْ ٱلرَّسُولَ وَأُوْلِى ٱلْأَمْرِ مِنكُمْ ﴾[1]، وعن عبادة بن الصامت ﷺ قال : « دعانا رسول الله ﷺ فبايعناه ، فكان فيما أخذ علينا أن بايعنا على السمع والطاعة في منشطنا ومكرهنا ، وعسرنا ويسرنا ، وأثرة علينا ، وأن لا تنازع الأمر أهله ، قال : إلا أن تروا كفراً بواحاً ، عندكم من الله فيه برهان »[2]، وعموم الأحاديث الدالة على وجوب طاعة ولاة الأمور.

ووجه الدلالة من ذلك : أن الله تعالى أمر في كتابه وعلى لسان نبيّه ﷺ بطاعة ولي الأمر ، وهذه الطاعة ليست مطلقة ، بل قُيّدت في نصوص أخرى بأن تكون الطاعة في معروف ، كما ورد في حديث ابن عمر ﷺ أن النبي ﷺ قال : « على المرء المسلم السمع والطاعة فيما أحب وكره ، إلا أن يؤمر بمعصية ، فإن أمر بمعصية فلا سمع وطاعة »[3]، وعن علي بن أبي طالب ﷺ قال : قال رسول الله ﷺ : « إنما الطاعة في المعروف »[4] .

بل في الآية نفسها ما يدل على أن طاعة ولي الأمر مقيّدة بطاعة الله ورسوله ، وأنها تابعة لها وليست مستقلة ، يقول الألوسي : « وأعاد الفعل ﴿ وَأَطِيعُواْ ٱلرَّسُولَ ﴾ وإن كانت طاعة الرسول مقترنة بطاعة الله اعتناء بشأنه عليه الصلاة والسلام ، وقطعاً لتوهم أنه لا يجب امتثال ما ليس في القرآن ...، ولم يعد الفعل في قوله : ﴿ وَأُوْلِى ٱلْأَمْرِ مِنكُمْ ﴾ ، إيذاناً بأنهم لا استقلال لهم فيها استقلال الرسول ﷺ »[5].

---

(١) سورة النساء: ٥٩.

(٢) البخاري ، صحيح البخاري ، كتاب الفتن، باب: قول النبي ﷺ : « سترون بعدي أموراً تنكرونها ...» ، ح(٦٦٤٧) مسلم ، صحيح مسلم ، كتاب الإمارة، باب وجوب طاعة الأمراء في غير معصية، ح(١٧٠٩).

(٣) مسلم ، صحيح مسلم ، كتاب الإمارة، باب وجوب طاعة الأمراء، ح(١٨٣٩).

(٤) البخاري ، صحيح البخاري ، كتاب المغازي، باب سرية عبد الله بن حذافة السهمي، ح(٤٠٨٥) مسلم ، صحيح مسلم ، كتاب الإمارة، باب وجوب طاعة الأمراء، ح(١٨٤٠).

(٥) الألوسي، روح المعاني، ٥/٦٥.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

وبما أن تقييد المباح ليس فيه معصية ، فإنّ أمر ولي الأمر به أو منعه لا يخالف شرع الله تعالى ، وتجب طاعته فيه ، يقول المراغي : « يقول العلماء أنه يشترط لطاعة ولي الأمر ألا يكون بمعصية متيقنة ، وهذا يتناول المباح على التحقيق ، إذ الامتثال في المباح أمراً ونهياً لا يترتب عليه معصية ، فتجب طاعة الإمام بفعله أو تركه »[1].

وقد نوقش هذا الدليل بما يلي :

إن الاستدلال بهذه النصوص على صحة تقييد ولي الأمر للمباح استدلال بعيد ، ذلك أن هذه النصوص تتحدث عن حكم طاعة ولي الأمر في المعروف وفي المعصية ، والقول بأن تقييد المباح داخل في المعروف الواجب طاعته قد يُسلّم ، خاصة إذا كان يترتب على عدم الطاعة شقّ عصا المسلمين وتفريق جماعتهم ، ولا تلازم بين حكم طاعة ولي الأمر في تقييد المباح ، وبين صحة إقدامه على ذلك ، والخلاف ليس عن حكم الطاعة ، بل الخلاف في حكم إقدام ولي الأمر على تقييد المباح ابتداءً ، وهذا ما لاتدلّ عليه هذه النصوص[2].

الدليل الثاني : تطبيقات تقييد المباح في تصرفات النبي ﷺ والخلفاء الراشدين :

إن في تصرفات الرسول ﷺ باعتباره ولي الأمر ، وكذلك الخلفاء من بعده ، أمثلة عديدة فيها تقييد لبعض الأمور المباحة ، منها :

أ- منع النبي ﷺ علي بن أبي طالب ﷺ التزوج ببنت أبي جهل :

فعن الْمِسْوَرَ بن مَخْرَمَةَ أَنَّ عَلِيًّا خَطَبَ بِنْتَ أبي جَهْلٍ ، فَسَمِعَتْ بِذَلِكَ فَاطِمَةُ ، فَأَتَتْ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ فقالت : يَزْعُمُ قَوْمُكَ أَنَّكَ لَا تَغْضَبُ لِبَنَاتِكَ ، وَهَذَا عَلِيٌّ نَاكِحٌ بِنْتَ أبي جَهْلٍ، فَقَامَ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ فَسَمِعْتُهُ حين تَشَهَّدَ يقول : « أَمَّا بَعْدُ فَإِنِّي أَنْكَحْتُ أَبَا الْعَاصِ بن الرَّبِيعِ

---

(١) مدكور، نظرية الإباحة، ص٣٢٩.

(٢) الثمالي ، عبدالله مصلح ،١٤٠٥هـ ، الحرية الاقتصادية وتدخل الدولة في النشاط الاقتصادي في الإسلام ، دكتوراة ، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية ، جامعة أم القرى ، السعودية ، ص : ١٠٨- ١٠٩ .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

فَحدَّثنِي فَصدَقَنِي ، وإن فَاطِمَةَ بِنْتَ مُحَمَّدٍ بَضعةٌ مِنِّي ، وَإِنِّي أَكْرَهُ أَنْ يَسُوءَهَا، والله لَا تَجْتَمِعُ بِنْتُ رسول اللَّهِ وَبِنْتُ عَدُوِّ اللَّهِ عِنْدَ رَجُلٍ وَاحِدٍ أَبَدًا » فَتَرَكَ عَلِيٌّ الْخِطْبَةَ[1] ، وجاء في رواية أخرى :« ... وإني لَسْتُ أحرم حَلَالًا ولا أُحِلُّ حَرَامًا ، وَلَكِنْ والله لَا تَجْتَمِعُ بِنْتُ رسول اللَّهِ ﷺ وَبِنْتُ عَدُوِّ اللَّهِ مَكَانًا وَاحِدًا أَبَدًا »[2].

ووجه الدلالة من هذا الحديث : أن منع النبي ﷺ علي بن أبي طالب من التزوج ببنت أبي جهل ، مع أن ذلك مباح له ، دليل على أنه يحق لولي الأمر تقييد المباح إذا كان في ذلك درء لمفسدة ، وقوله ﷺ : « وإني لَسْتُ أحرم حَلَالًا ولا أُحِلُّ حَرَامًا » دليل على أن هذا المنع ليس من القيود الشرعية الأصلية ، وإنما هو تقييد استثنائي رأى ولي الأمر أن فيه مصلحة شرعية ، فمنع من فعله ، وقد أشار النووي إلى ذلك فقال : « في هذا الحديث تحريم ايذاء النبي ﷺ بكل حال وعلى كل وجه ، وإن تولّد ذلك الإيذاء مما كان أصله مباحاً ، وقد أعلم ﷺ بإباحة نكاح بنت أبي جهل لعلي بقوله ﷺ « لست أحرم حلالا » ، ولكن نهى عن الجمع بينهما لعلتين منصوصتين ، إحداهما : أن ذلك يؤدي إلى أذى فاطمة ، فيتأذى حينئذ النبي ﷺ ، فيهلك من أذاه ، فنهي عن ذلك لكمال شفقته على علي بن أبي طالب وعلى فاطمة ، والثانية : خوف الفتنة عليها بسبب الغيرة »[3] .

ب- منع ادخار لحوم الأضاحي :

فقد ثبت عنه ﷺ أنه نهى عن ادخار لحوم الأضاحي بعد ثلاثة أيام ، فلما كان العام المقبل قالوا يا رسول الله : نفعل كما فعلنا عام أول ؟ فقال : « لا ، إن ذاك عام كان الناس فيه بجهد فأردت أن يفشو فيهم »[4].

---

(١) البخاري ، صحيح البخاري ، كتاب فضائل الصحابة ، باب ذكر أصهار النبي ﷺ...، ح(٣٥٢٣) مسلم ، صحيح مسلم ، كتاب فضائل الصحابة ، باب فضائل فاطمة بنت النبي ﷺ ، ح(٢٤٤٩) .

(٢) مسلم ، صحيح مسلم ، كتاب فضائل الصحابة ، باب فضائل فاطمة بنت النبي ﷺ ، ح(٢٤٤٩) .

(٣) النووي، شرح صحيح مسلم، ١٦ ٣.

(٤) مسلم ، صحيح مسلم ، كتاب الأضاحي ، باب بيان ما كان من النهي عن أكل لحوم الأضاحي بعد ثلاث ، ح(١٩٧٤).

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

وقد جاء في روايات الحديث أن سبب ذلك ، هو قدوم بعض أهل البادية يوم الأضحى في ذلك العام ، فأراد النبي ﷺ التوسعة عليهم ورفع الجهد والجوع عنهم ، فمنع من ادخار لحوم الأضاحي أكثر من ثلاثة أيام ، وأمر بالتصدق بالباقي ، فلما كان الأضحى المقبل لم توجد ثمة حاجة تقتضي منع الادخار ، فبيّن لهم زوال ذلك المنع ورفع ذلك التقييد ، فقال ﷺ : « إنما نهيتكم من أجل الدافة[1] التي دفت عليكم ، فكلوا وادّخروا وتصدقوا »[2].

ووجه الدلالة من هذا التصرف النبوي : أن ما صدر عنه ﷺ يُعدّ تقييداً للمباح ، حيث إن ادخار لحوم الأضاحي من قبيل المباح ، إلا أنه بسبب طروء ظرف خاص على المدينة المنورة في ذلك العام اقتضت المصلحة تقييد ذلك المباح بمنع الادخار ، فهو تصرف سياسي منه ﷺ اقتضته مصلحة الناس في فترة معينة ، فلما زالت المصلحة التي اقتضت تقييد المباح ، بيّن النبي ﷺ زوال ذلك الحكم الاستثنائي وعودة الحكم الأصلي بإباحة الادخار .

وبذلك وضع عليه الصلاة والسلام مبدأ أن لولي الأمر أن يقيّد بعض المباحات بما يراه محققاً للمصلحة العامة ، إذا تعرضت البلاد لظروف استثنائية تتطلب التقييد[3].

ج- منع عمر ﷺ الزواج بالكتابيات :

فقد ورد أن عمر ﷺ بلغه أن حذيفة بن اليمان ﷺ تزوج من يهودية ، فكتب إليه عمر : « أن خلّ سبيلها » فكتب إليه حذيفة : « إن كانت حراماً خليت سبيلها » ، فكتب إليه عمر : « إني لا أزعم أنها حرام ، ولكني أخاف أن تعاطوا المومسات منهن »[4].

---

(١) الدافة: هم القوم يسيرون جماعة سيراً ليس بالشديد ، أي من يطرأ من المحتاجين، ينظر: ابن الأثير، المبارك بن محمد، النهاية في غريب الحديث والأثر، تحقيق: طاهر الزاوي، محمود الطناحي، بيروت – لبنان، المكتبة العلمية، ١٣٩٩هـ-١٩٧٩م، ١٢٤/٢.

(٢) البخاري ، صحيح البخاري ، كتاب الأطعمة ، باب ما كان السلف يدخرون في بيوتهم...، ح(٥١٠٧) مسلم ، صحيح مسلم ، كتاب الأضاحي ، باب بيان ما كان من النهي عن أكل لحوم الأضاحي ...، ح(١٩٧١) .

(٣) ينظر : العبادي، الملكية، ٢٦٤/٢ ، القرضاوي ، السياسة الشرعية، ص١٤١ ، العتيبي، سلطة ولي الأمر في تقييد المباح، ص١١٥، قويدر، عبد الله، ٢٠٠٦م، أثر مقاصد الشريعة في تحديد مناط الحكم تخريجاً وتنقيحاً وتحقيقاً ، أطروحة دكتوراة ، كلية الشريعة ، قسم الفقه وأصوله، الجامعة الأردنية، الأردن، ص٢٩٨.

(٤) ابن أبي شيبة ، أبو بكر عبد الله بن محمد ، الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار ، تحقيق: كمال يوسف الحوت ، الرياض – السعودية ، دار الرشد ، ط١ ، ١٤٠٩هـ ، كتاب النكاح، من كان يكره النكاح في أهل الكتاب، رقم (١٦١٦٣)، ٤٧٤/٣.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

وفي رواية أخرى : أن حذيفة ﷺ تزوج يهودية ، فكتب إليه عمر أن يفارقها ، فقال : « إني أخشى أن تدعوا المسلمات وتنكحوا المومسات »[1].

فعمر ﷺ أخبر حذيفة ﷺ أن الزواج بالكتابية مباح منصوص عليه بقوله تعالى : ﴿ٱلْيَوْمَ أُحِلَّ لَكُمُ ٱلطَّيِّبَٰتُ ۖ وَطَعَامُ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَٰبَ حِلٌّ لَّكُمْ ۖ وَطَعَامُكُمْ حِلٌّ لَّهُمْ ۖ وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَٰبَ مِن قَبْلِكُمْ﴾[2] ، ومع ذلك منعه من الزواج بعد أن بيّن له وجه المفسدة المتوقعة التي خشيها عمر من هذا الزواج ، فجاء حكمه المقيّد للمباح منسجماً مع المصلحة ، بدرء المفسدة التي وجدها تطغى على المصلحة المتوخاة شرعاً من إباحة الزواج بالكتابيات.

وواضح من خلال التعليلات المتعددة أن تقييد عمر ﷺ لذلك المباح ليس تغييراً للحكم الأصلي لذلك الزواج ، بل هو موازنة بين المصالح والمفاسد المرجوة منه ، نظراً لموقع حذيفة ﷺ في الدولة ووظيفته فيها ، ولا شك أن المصلحة العامة أولى بالتقديم والاعتبار من المصلحة الخاصة ، وفي ذلك يقول القرضاوي : « وهنا يكون موقف عمر هو التدخل لتقييد المباح ، ومثل هذا التقييد للمصلحة من حق ولي الأمر المسلم ، وهو تقييد مؤقت ومعلل ، ولصحابة كبار يعتبرون أسوة لعامة الناس ، ومثل هذا يشرع للإمام العادل أن يلجأ إليه في سياسة الرعية »[3].

ويُمكن ان يُناقش هذا الاستدلال بما يلي :

---

(١) البيهقي ، أحمد بن الحسين ، السنن الكبرى ، تحقيق: محمد عبد القادر عطا ، مكة المكرمة – السعودية ، دار الباز ، ١٤١٤هـ – ١٩٩٤م ، كتاب النكاح، باب ما جاء في تحريم حرائر أهل الشرك...، رقم (١٣٧٦٢)، ١٧٣/٧، وفي رواية أخرى : عن سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب كتب إلى حذيفة بن اليمان وهو بالكوفة ونكح امرأة من أهل الكتاب فكتب أن فارقها ، فإنك بأرض المجوس ، فإني أخشى أن يقول الجاهل قد تزوج صاحب رسول الله ﷺ كافرة ، ويحلل الرخصة التي كانت من الله عز وجل فيتزوجوا نساء المجوس ، ففارقها ، عبد الرزاق ، أبو بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني ، المصنف ، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي ، بيروت – لبنان ، المكتب الإسلامي ، ط٢ ، ١٤٠٣هـ ، كتاب نكاح نساء أهل الكتاب ، ح(١٢٦٧٦)، ١٧٨/٧.

(٢) سورة المائدة: ٥.

(٣) القرضاوي، السياسة الشرعية، ص٢٠٩.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

إن نهي عمر ﷺ لم يكن على سبيل الإلزام وإنما كان من قبيل الإرشاد لما هو أولى ، ولذا جاء في بعض الروايات : أن حذيفة نكح يهودية في زمن عمر ﷺ ، فقال عمر : طلقها فإنها جمرة ، قال : أحرام هي ، قال : لا ، فلم يطلقها حذيفة لقوله ، حتى إذا كان بعد ذلك طلّقها[1] . فتبيّن من هذا أن حذيفة ﷺ احتج على عمر بن الخطاب ﷺ بالإباحة الشرعية التي ليس من حق ولي الأمر إبطالها ، وعمر ﷺ لم يُجبره على الطلاق حين امتنع ، فدلّ ذلك على أن النهي لم يكن على سبيل الإلزام .

د- تقييد عمر بن الخطاب ﷺ إباحة الرجعة بعد الطلاق الثلاث :

فقد اجتهد عمر بإيقاع طلاق الثلاث بلفظة واحدة ثلاثاً ، تبين به الزوجة بينونة كبرى ، ولا تحلّ لزوجها حتى تنكح زوجاً غيره ، على خلاف ما كان معمولاً به في عهد النبي ﷺ ، وعهد أبي بكر ﷺ ، كما جاء ذلك في حديث ابن عباس ﷺ : « كان الطلاق على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر وسنتين من خلافة عمر طلاق الثلاث واحدة ، فقال عمر بن الخطاب : إن الناس قد استعجلوا في أمر قد كانت لهم فيه أناة ، فلو أمضيناه عليهم ، فأمضاه عليهم »[2].

يقول محمد مصطفى شلبي : « لم يكن في فعل عمر مخالفة للشارع، حيث لم يغير أمراً لازماً ، وغاية ما فيه أنه منعهم من الرجعة التي أباحها الله تعالى في الطلقتين الأوليين ، ولم تكن

---

(١) عبدالرزاق ، المصنف ، باب نكاح أهل الكتاب (١٠٠٥٧) ٧٨/٦ .

(٢) مسلم ، صحيح مسلم ، كتاب الطلاق ، باب طلاق الثلاث، ح(١٤٧٢) وقد اختلف الفقهاء من السلف والخلف فيمن قال لامرأته أنت طالق ثلاثاً، فالجمهور على أنه يقع ثلاثاً، وذهب بعض الفقهاء إلى أنه لا تقع إلا واحدة، وبالرأي الأخير أخذت قوانين الأحوال الشخصية في البلاد العربية ، ينظر: الموصلي: عبد الله بن محمود، الاختيار لتعليل المختار، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، أحمد برهوم، عبد اللطيف حرزالله، دمشق – سوريا، الرسالة العالمية، ط الأولى، ١٤٣٠هـ-٢٠٠٩م، ١٥٩/٣، الدردير، أحمد بن محمد، الشرح الصغير على أقرب المسالك، الخرطوم – السودان، الدار السودانية، ط الأولى، ١٤١٨هـ-١٩٩٨م، ٧٩٠/٢ ، النووي، أبو زكريا يحيى بن شرف، روضة الطالبين، تحقيق: عادل عبد الموجود، علي معوض، الرياض – السعودية، دار عالم الكتب، ١٤٢٣هـ-٢٠٠٣م، ٧/٦ ، ابن قدامة، عبد الله بن أحمد، المغني، بيروت – لبنان، دار الفكر، ط١، ١٤٠٥هـ، ٢٨٢/٧، شاكر، أحمد محمد، نظام الطلاق في الإسلام، مصر، دار الطباعة القومية، ط٢، ١٣٨٩هـ، ٨٣-٨٩.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

الرجعة لازمة لكل مطلق ، ولا تجديد العقد لكل مطلق كذلك ، ولولي الأمر أن يمنع الناس من بعض المباحات زجراً لهم ، وعقاباً على ارتكابهم المحظور »[1].

ويقول القرضاوي : « فاجتهاد عمر في تقييد المباح هنا كان ضرباً من التعزير الموكول لولي الأمر ، ظن فيه أنه سيكون رادعاً للناس عن تتابعهم في أمر الطلاق واستهتارهم به »[2].

والأمثلة التطبيقية التي قُيِّد فيها المباح في تصرفات النبي ﷺ وتصرفات الخلفاء من بعده عديدة ، كمنع النبي ﷺ غير نافذة أبي بكر الصديق أن تُفتح على المسجد النبوي[3]، وتقييد عمر بن الخطاب ﷺ إباحة شراء اللحم بألا يكون على يومين متتالين ؛ ليتوافر اللحم لعامة الناس بقية الأيام[4] ، وغيرها من الأمثلة التي تدلّ على صحة تقييد ولي الأمر للمباح عند وجود المصلحة في ذلك .

الدليل الثالث : وقد استدل القائلون بحق ولي الأمر في تقييد ما أباحه الشرع بعدة أدلة أخرى ، كالقياس والقواعد العامة ، ومنها :

أ- قياس ولي الأمر على المجتهدين :

وبيان ذلك : أن الشريعة أعطت المجتهدين حق الاجتهاد في بعض الأحكام الشرعية الظنية ، التي تكون قابلة للتغيير والتبديل بحسب الظروف والأزمنة والأمكنة والأعراف .

وقد اجتهد الفقهاء ومارسوا هذا الحق ، فغيّروا بعض الأحكام القابلة للتغيير على وفق المصالح والمفاسد ، دون أن يتعارض ذلك مع نصوص الشريعة وقواعدها العامة ، فنقلوا بعض

---

(١) شلبي، محمد مصطفى، تعليل الأحكام، بيروت – لبنان، دار النهضة العربية، ١٩٨١، ص٥٨-٥٩.

(٢) القرضاوي، السياسة الشرعية، ص٢١١.

(٣) عن أبي سعيد الخدري ﷺ قال : قال رسول الله ﷺ : « ... إن أمنّ الناس عليّ في ماله وصحبته أبو بكر ، ولو كنت متخذاً خليلاً لاتخذت أبا بكر خليلاً ، ولكن أخوة بالإسلام، لا تبقين في المسجد خوخة، إلا خوخة أبي بكر »، البخاري ، صحيح البخاري ، كتاب الصلاة، باب الخوخة والممر في المسجد، ح(٤٥٤) مسلم ، صحيح مسلم ، كتاب فضائل الصحابة، باب في فضائل أبي بكر ﷺ، ح(٢٣٨٢).

(٤) ينظر: ابن الجوزي، عبد الرحمن بن علي، تاريخ عمر بن الخطاب، عمّان – الأردن، دار الإسراء، ط الأولى، ٢٠٠٤م، ص٧٣-١٠٢.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

الأحكام من الإباحة إلى الوجوب ، ومن الإباحة إلى المنع ، ففي مسائل الأحوال الشخصية مثلاً : قيّد بعض الفقهاء إباحة تصرف الزوجة في مالها بألا يزيد على الثلث إلا بإذن زوجها مع عدم ورود هذا التقييد في النصوص[1].

وقيّد بعضهم أيضاً إباحة الطلاق بألا يكون في مرض الموت مع أن النصوص لا تقيّده بذلك[2]، إلى غير ذلك من الأمثلة الفقهية والتي تجدها مسطرة في كتب الفقهاء مما يعدّ تقييداً للمباح .

وإذا ثبت حق الفقهاء المجتهدين في تغيير الحكم الاختياري إلى الحكم الطلبي فعلاً وتركاً فإن هذا « التغيير قدر مشترك بين ولي الأمر وبين غيره من المجتهدين ، إلا أن لتغيير ولي الأمر صفة أقوى من تغيير المجتهد ، الذي لا يعدو بوصف الاجتهاد وحده إلا أن يكون مفتياً أو معلماً ، وأما وصف الإمرة فإنه يعطي تأكيد الحكم ووجوب الأخذ به جهتين : جهة العلم والمعرفة ، وجهة الحكم والإمارة »[3]، وقد بيّن القرافي أن الحاكم المجتهد أو الآخذ عن بعض المجتهدين يعتبر

---

(١) اختلف الفقهاء في الحجر على المرأة المتزوجة على مذهبين : أ- ذهب الجمهور إلى أن المرأة المتزوجة حرة في التصرف في مالها كيف ما تشاء ، ب- وذهب المالكية في المشهور ورواية عن أحمد إلى أن المرأة المتزوجة لا يجوز لها التبرع بأكثر من ثلث مالها إلا بإذن زوجها ، ينظر: الكاساني، علاء الدين أبي بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، بيروت – لبنان، دار الكتاب العربي، ط٢، ١٤٠٢هـ-١٩٨٢م، ١٧١/٧، القرافي، أحمد بن إدريس، الذخيرة، تحقيق: محمد أبو خبزة، سعيد أعراب، بيروت- لبنان، دار الغرب الإسلامي، ط الأولى، ١٩٩٤م، ٢٢٥/٦، الماوردي، الحاوي، ٣٥٣/٦، ابن قدامة، عبد الله بن أحمد، الكافي في الفقه على مذهب الإمام المبجل أحمد بن حنبل، تحقيق: عادل عبد الموجود، علي معوض، أحمد المعطراوي، بيروت – لبنان، دار الكتاب العربي، ط الأولى، ١٤٢١هـ-٢٠٠٠م، ٣٣٣/٢.

(٢) الطلاق في مرض الموت أو ما يعرف بطلاق (الفرار) هو تطليق الزوج زوجته بائناً في مرض موته، وقد كره بعض الفقهاء هذا الطلاق وحرّمه آخرون ، أما حكمه الوضعي فقد اتفقوا على صحته ، وأنه متى ما طلق الرجل زوجته في مرض الموت فقد وقع طلاقه ، ينظر: ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد، شرح فتح القدير على الهداية، بيروت – لبنان، دار الكتب العلمية، ط الأولى، ١٤٢٤هـ-٢٠٠٣م، ١٢٩/٤، الحطاب، محمد بن محمد، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، الرياض – السعودية، دار عالم الكتب، ١٤٢٣هـ-٢٠٠٣م، ٢٨٣/٥، الماوردي، الحاوي ٢٦٣/١٠، ابن قدامة، المغني، ١٩٤/٩.

(٣) مذكور، نظرية الإباحة، ص٣٤١.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

حكمه اجتهاداً غير ملزم ولا واجب الاتباع إذا كان على سبيل الإفتاء وإبداء الرأي ، ولكنه إذا أمر باتباعه وجبت طاعته امتثالاً لأمر الشارع ما دام والياً[1].

ب- قياس ولي الأمر على المكلف :

وبيان ذلك : أن الشرع أعطى المكلف أن يوجب على نفسه ما لم يوجب عليه الشرع أو يمنع ما لم يمنعه ، يقول القرافي : « قرّر الله تعالى في أصل شريعته أن للمكلف أن ينشئ الوجوب فيما ليس بواجب في أصل الشرع ، أو أن يمنع ما لم يكن ممنوعاً في أصل الشرع ، وذلك عن طريق الحلف والنذر ونحوها... ، وإذا تقرر أن الله تعالى جعل لكل مكلّف ـ وإن كان عامياً جاهلاً ـ الإنشاء في الشريعة لغير ضرورة ، فأولى أن يجعل الإنشاء للحكام لضرورة أو دفع فساد »[2].

فإذا ثبت أن عامة المكلفين لهم الحق أحياناً في تغيير بعض الأحكام ، فأولى أن يكون لولي الأمر هذا الحق ، لما له من سلطة الإشراف على شؤون الناس وربطها بمصالحهم.

ج ـ القواعد العامة :

إن القواعد الفقهية والأصولية تقتضي منح ولي الأمر الحق في تقييد بعض المباحات ، خاصة مع كثرة المستجدات التي أحدثها الناس في مسائل الأحوال الشخصية ، نتيجة لضعف الوازع الديني عند الناس ، وقد قال القرافي : « إن التوسعة على الحكّام في الأحكام السياسية ليس مخالفاً للشرع ، بل تشهد له الأدلة والقواعد الشرعية ، ومن هذه القواعد : أولها : أن الفساد قد كثر وانتشر بخلاف العصور المتقدمة، ومقتضى ذلك اختلاف الأحكام بحيث لا تخرج عن الشرع بالكلية ، ويؤكد ذلك جميع النصوص الواردة بنفي الحرج ، ثانيها : المصالح المرسلة ، وهي المصالح التي لا يشهد الشرع باعتبارها ولا بإلغائها ...، ثالثها : درء المفاسد ، واختلاف الأحكام باختلاف الأزمان » [3].

---

(١) ينظر: القرافي، الإحكام، ص٤١-٤٢.

(٢) القرافي، الإحكام، ص٣٨-٤٠ بتصرف يسير.

(٣) ابن فرحون، تبصرة الحكام، ١٢٦/٢.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

أدلة القول الثالث :

وأما من فصّل في حكم تقييد ولي الأمر للمباح فقد استدلّ بما يلي :

الفريق الأول : استدلّ القائلون بجواز تقييد ولي الأمر للمباح غير المنصوص عليه بما سبق من أدلة القول الثاني ، واستدلّوا على عدم جوازه في المنصوص عليه بالإضافة إلى أدلة القول الأول بما يلي :

١ – إن في تقييد ولي الأمر للمباح المنصوص عليه تعطيلاً للنص ، وليس لأحد أن يُعطِّل النص .

٢ –إن عمل ولي الأمر اجتهاد ، ولا اجتهاد مع النص ، وقد اتفق الفقهاء على أن حكم الحاكم يُنقض إذا خالف النص أو الإجماع أو القياس الجلي أو القواعد العامة[١] .

الفريق الثاني : أما فرّق بين الأمر بالمباح والنهي عنه ، وبين النهي الفردي والنهي الجماعي ، فقد استدلّ على ذلك بما يلي[٢] :

١ – استدلّ على جواز تقييد المباح بالأمر به بأن الأمر بالمباح لايترتب عليه محظور شرعي ، بل في ذلك تحقيق للمصلحة العامة .

٢ – واستدلّ على جواز تقييد المباح بالنهي الفردي بفعل عمر بن الخطاب ﷺ حين نهى حذيفة عن الزواج بالكتابية .

٣ – استدلّ على عدم جواز تقييد المباح بالنهي الجماعي بأن ذلك بمثابة التشريع ، المخالف لشرع الله تعالى ، لما في ذلك من تحريم الحلال ومنعه .

وقد سبق مناقشة هذه الأدلة سابقاً .

---

(١) ينظر : الغرياني ، معنى تقييد المباح ، ص : ١-٢ .

(٢) ينظر : الطريقي ، طاعة أولي الأمر ، ص : ٢٦-٢٧.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

الترجيح :

وبعد العرض السابق لأقوال الفقهاء في حكم تقييد ولي الأمر للمباح مقرونة بأدلتها وما ورد عليها من مناقشات ، يظهر ـ والله أعلم ـ رجحان القول الثاني المتضمّن جواز تقييد ولي الأمر للمباح مطلقاً إذا كان التقييد مستنداً للمصلحة الشرعية المعتبرة ، وذلك للآتي :

١ – قوة أدلة هذا القول وسلامتها من المعارض المقاوم في الجملة .

٢ – ضعف أدلة القول الأول المتضمن منع ولي الأمر من تقييد المباح مطلقاً ، حيث إن الأدلة التي استدلوا بها أدلة عامة لا تنهض على مقاومة الأدلة المُجيزة للتقييد .

٣ – إن القول الثالث المُفصِّل في حكم تقييد المباح وفق التفصيل الذي ذكروه لا يُسلّم لهم ، حيث إن أدلة الجمهور تردّ على التفصيلات التي منعوا فيها تقييد المباح .

ومع ترجيح القول بجواز تقييد ولي الأمر للمباح فإنه ينبغي التنبيه إلى أن أصحاب هذا القول لا يُجيزون ذلك مطلقاً ، بمعنى أنهم قد اشترطوا أن يكون التقييد موافقاً للقواعد الشريعة ، ملتزماً بالضوابط التي تضمن عدم تعسف ولي الأمر في استعمال حقه في تقييد المباح ، هذه الضوابط وتلك القواعد هي محور حديثنا في المطلبين التاليين .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

المطلب الثاني

القواعد الشرعية وأثرها في تقييد المباح

تبيّن مما سبق أن الشرع أعطى ولي الأمر سلطات واسعة لتدبير شؤون الناس بما يحقق لهم المصالح ويدفع عنهم المفاسد ، وتبيّن أيضاً أن الشرع أعطى ولي الأمر الحق في تقييد المباحات التي يرى أن في إيجابها أو منعها تحقيقاً لمصالح الناس .

وقد قدّمنا الأدلة الجزئية التي تشهد لحق ولي الأمر في تقييد المباح ، من خلال بعض الآيات القرآنية والأحاديث النبوية ، وكذلك أفعال الرسول ﷺ وأفعال الخلفاء الراشدين من بعده .

ونعرض في هذا المطلب إلى مجموعة من القواعد الشرعية التي يستند إليها ولي الأمر في سياسة الناس ؛ لأن أحكام السياسة تعتمد غالباً على القواعد العامة والأصول الكلية ومقاصد الشريعة أكثر من اعتمادها على الأدلة الجزئية ، فما ورد من الأدلة الجزئية التي تتعلق بها نزر يسير نسبياً[1].

وإنما أفردت هذه القواعد بالدراسة ، فلم نُلحقها بالأدلة الجزئية التي سبق ذكرها ، ولم نُلحقها أيضاً بالضوابط التي سنذكرها لاحقاً ، مع أنها قابلة لأن تكون أدلة على حق ولي الأمر في تقييد المباح ، وقابلة أيضاً لأن تكون ضوابط تحد من حق ولي الأمر في التقييد ، إنما أفردناها بالدراسة لأهمية هذه القواعد وأثرها الكبير في أحكام السياسة الشرعية عموماً ، وفي حق ولي الأمر في تقييد المباح خصوصاً .

وعليه فسنحاول من خلال هذا المطلب استجلاء دور القواعد الشرعية في ضبط تصرفات ولي الأمر ، وذلك من خلال الحديث عن القواعد التالية :

---

(١) ينظر: الدريني، خصائص التشريع الإسلامي، ص١٧.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

القاعدة الأولى : تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة[1]:

أولاً : معنى القاعدة :

تُبيّن هذه القاعدة المهمة أن كل من يتولى أمراً من أمور المسلمين يجب أن تكون أعماله وتصرفاته النافذة مبنية على مصلحة الرعية ، بحيث يكون مقصوده من هذه التصرفات والأعمال تحصيل مصلحة الناس ، « وذلك بالحفاظ على مقصود الشرع ، لأن مقصود الشرع من الخلق هو : أن يحفظ عليهم دينهم ونفسهم وعقلهم ونسلهم ومالهم ، فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول فهو مصلحة ، وكل ما يفوتها فهو مفسدة ودفعها مصلحة »[2].

يقول العز بن عبد السلام : « يتصرف الولاة ونوابهم بما هو الأصلح درءاً للضرر ، وجلباً للنفع والرشاد ، يقول تعالى : ﴿ وَلَا تَقْرَبُوا۟ مَالَ ٱلْيَتِيمِ إِلَّا بِٱلَّتِى هِىَ أَحْسَنُ ﴾[3]، وإن كان هذا في حقوق اليتامى ، فأولى أن يثبت في حقوق عامة المسلمين فيما يتصرف فيه ولاة الأمور ، لأن اعتناء الشرع بالمصالح العامة أوفر وأكثر من اعتنائه بالمصالح الخاصة ، وكل تصرف جرّ فساداً أو دفع صلاحاً فهو منهي عنه »[4].

ويتضح مما سبق أن هذه القاعدة من القواعد الشرعية المهمة ، وهي تبيّن أن ولي أمر المسلمين ليس مطلق الإرادة في أمر الناس ، يفعل ما يحلو له ، وينفذ ما تزينه له نفسه ، حيث إن هذه القاعدة تنص صراحة على ضرورة تقيد ولي الأمر أثناء اجتهاده بمصلحة الرعية ، فيختار أثناء

---

(١) ينظر: السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر، الأشباه والنظائر، بيروت – لبنان، دار الكتب العلمية، ط١، ١٤٠٣هـ، ١/١٢١، الزركشي، محمد بن بهادر، المنثور في القواعد، تحقيق: تيسير فائق، الكويت، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، ط٢، ١٤٠٥هـ، ١/٣٠٩، الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ١/٣٠٩.

(٢) الغزالي، المستصفى، ١/١٧٤.

(٣) سورة الإسراء :٣٤.

(٤) ابن عبد السلام ، قواعد الأحكام ، ٢/١٥٨ .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

اجتهاده في أحكام السياسة الشرعية ما فيه تحقيق المصلحة الحقيقية للخلق المصلحة التي هي مقصد الشرع من تشريعاته .

وعلى ذلك فتصرفات ولي الأمر إنما تنفذ شرعاً إذا كانت محققة للمصلحة ، دارئة للمفسدة ، ملتزمة بأحكام الشرع وقيمه ، وقد ذكر ابن نجيم هذا المعنى فقال : « إذا كان فعل الإمام مبنياً على المصلحة فيما يتعلق بالأمور العامة لم ينفذ أمره شرعاً إلا إذا وافقه ، فإن خالفه لم ينفذ »[1].

ثانياً : أدلة القاعدة :

استُفيدت هذه القاعدة من مجموع آيات القرآن الكريم وأحاديث الرسول ﷺ ، التي تبيّن مسؤولية ولي الأمر تجاه الرعية ، وكذلك استفيدت هذه القاعدة من خلال تصرفات الخلفاء الراشدين وأقوالهم ، ونذكر من هذه الأدلة ما يلي :

١- قال تعالى : ﴿ إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّواْ ٱلْأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ ٱلنَّاسِ أَن تَحْكُمُواْ بِٱلْعَدْلِ ﴾[2]، وقال تعالى : ﴿ وَإِنْ حَكَمْتَ فَٱحْكُم بَيْنَهُم بِٱلْقِسْطِ ﴾[3]، ففي هذه الآيات خطاب من الله تعالى إلى ولاة أمور المسلمين أن يقوموا برعاية الرعية ، وأن يؤدوا الأمانة التي أمر الله بها ، وأن يعملوا على تحقيق العدل بين أفراد الرعية ، وذلك تحقيقاً للمصلحة العامة[4].

٢- عن ابن عمر ﷺ أن رسول الله ﷺ قال : « ألا كلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته ، فالإمام الذي على الناس راع ، وهو مسؤول عن رعيته... »[5].

---

(١) ابن نجيم ، زين الدين بن إبراهيم ، الأشباه والنظائر ، تحقيق : محمد الحافظ ، دمشق – سوريا ، دار الفكر ، ط١ ، ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م ، ص : ١٣٨ .

(٢) سورة النساء :الآية (٥٨).

(٣) سورة المائدة: الآية (٤٢).

(٤) ينظر: الطبري، تفسير الطبري، ١٤٥/٥، الألوسي، روح المعاني، ٦٤/٥.

(٥) سبق تخريجه ص : ٥١ .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

فهذا الحديث وما في معناه من الأحاديث يقرر مبدأ مسؤولية ولي الأمر ، يقول النووي : « فإن الراعي هو الحافظ المؤتمن الملتزم صلاح ما قام عليه وما هو تحت نظره ، فهو مطالب بالعدل فيه ، والقيام بمصالحه في دينه ودنياه »[1]، ولذا وجب أن تكون تصرفات ولي الأمر مقيّدة بما فيه صلاح ونفع الخلق في دينهم ودنياهم .

٣- عن عمر بن الخطاب ﷺ قال : « إني أنزلت نفسي من مال الله بمنزلة والي اليتيم ، إن احتجت أخذت منه ، فإذا أيسرت رددته ، فإن استغنيت استعففت »[2].

فهذا تطبيق عملي من الخليفة عمر ﷺ لمضمون هذه القاعدة .

فمن مجموع هذه الأدلة استنبط العلماء هذه القاعدة التي كانت محلّ اتفاق بينهم ، والتي عبّر عنها الشافعي بقوله : « منزلة الإمام من الرعية منزلة الولي من اليتيم »[3].

ثالثاً : أثر القاعدة في تقييد المباح :

بناء على هذه القاعدة كان من الواجب على ولي الأمر أن يُراعي المصلحة المقصودة شرعاً في جميع التشريعات والتدبيرات التي يتخذها لتنظيم شؤون الناس ، وهذا الأمر سينعكس حتماً على تقييد المباح ، فيجب على ولي الأمر مراعاة ما تقتضيه المصلحة عند تقييد المباح ، فإذا رأى أن مباحاً سيؤدي إلى مفسدة أو أن في إيجابه مصلحة ، فلولي الأمر ـ بل عليه أحياناً ـ أن يقيّد هذا المباح بالمنع أو الإيجاب تحقيقاً لمصلحة الناس ، يقول الشيخ عبد الرحمن تاج : « فإن لولي الأمر إذا رأى شيئاً من المباح ، قد اتخذه الناس وسيلة إلى مفسدة ، أو رأى أن في إيجابه مصلحة لهم ،

---

(١) النووي ، يحيى بن شرف ، شرح النووي على صحيح مسلم ، بيروت – لبنان، دار إحياء التراث العربي، ط٢، ١٣٩٢هـ، ٢١٣/١٢.

(٢) البيهقي ، السنن الكبرى ، كتاب قسم الفيء والغنيمة، باب ما يكون للوالي الأعظم ... (١٢٧٩٠)، ٣٥٤/٦، ابن أبي شيبة، المصنف ، باب ما قالوا في عدل الوالي...، ح(٣٢٩١٤) وصححه ابن حجر في فتح الباري ، ١٥١/١٣.

(٣) السيوطي، الأشباه والنظائر، ١٢١/١.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

كان له أن يحظره ويسُدّ به ، أو يوجبه ويأمر به ، ويكون ذلك من الشريعة عملاً بالسياسة الشرعية»[1].

ويظهر أثر هذه القاعدة أيضاً في أن عدم مراعاة مصالح الناس ومقاصد الشريعة عند تقييد المباح فضلاً عن مخالفتها يعدّ تعسفاً من ولي الأمر يمارسه على الرعية ؛ لأن تقييد بعض المباحات من قِبل ولي الأمر يفتقر إلى المشروعية إذا كان غير مستند إلى المصلحة ؛ لأن المصلحة هي مناط مشروعية الولاية العامة في الشريعة ، وبالتالي فإن غياب المصلحة المقصودة شرعاً عند تقييد المباح يُعدّ مناقضة لقصد الشارع ومخالفة له يتحقق فيها معنى التعسف ، وما يترتب عليه من انتفاء المشروعية عن التصرف ووصفه بالبطلان الشرعي .

ويظهر أثر هذه القاعدة أيضاً في أن إدراك مصالح الناس وتحقيق مقاصد الشرع يتوقف على صحة الاجتهاد والنظر ، والاجتهاد لا يصح شرعاً إلا إذا صدر من أهله ، وبالتالي إذا لم يكن ولي الأمر أهلاً للاجتهاد وجب أن يُنيب هذه المهمة لمن هم أهلٌ للاجتهاد الذين يستطيعون إدراك مصالح الناس .

وبناء على ذلك فإن أثر هذه القاعدة في ضبط تصرفات ولي الأمر عموماً ، وفي تقييده للمباح خصوصاً ، ظاهر من خلال تعليق هذه التصرفات على تحقيق المصلحة ودفع المفسدة.

القاعدة الثانية : النظر إلى المآلات معتبر شرعاً :

أولاً : معنى القاعدة :

يقصد باعتبار المآلات : « هو تكييف الفعل بالمشروعية أو عدمها في ضوء نتيجته المترتبة عليه »[2].

---

(١) تاج، عبد الرحمن، السياسة الشرعية والفقه الإسلامي، القاهرة – مصر، دار التأليف، ط١، ١٩٥٣م، ص : ١٣ .

(٢) الدريني ، نظرية التعسف ، ص : ١٦٩ .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

يقول الشاطبي : « النظر في مآلات الأفعال معتبر مقصود شرعاً ، كانت الأفعال موافقة أو مخالفة ، وذلك أن المجتهد لا يحكم على فعل من الأفعال الصادرة عن المكلفين بالإقدام أو الإحجام إلا بعد نظره إلى ما يؤول إليه ذلك الفعل مشروعاً لمصلحة فيه تُستجلب أو لمفسدة تُدرأ ، ولكن له مآل على خلاف مما قصد إليه ، وقد يكون غير مشروع لمفسدة تنشأ عنه أو مصلحة تندفع ولكن له مال على خلاف ذلك ، فإذا أُطلق القول في الأول بالمشروعية فربما أدى استجلاب المصلحة فيه إلى مفسدة تساوي المصلحة أو تزيد عليها ، فيكون هذا مانعاً من إطلاق المشروعية ، وكذلك إذا أُطلق القول في الثاني بعدم المشروعية ربما أدى استدفاع المفسدة إلى مفسدة تساوي أو تزيد ، فلا يصح إطلاق القول بعدم المشروعية ، وهو مجال للمجتهد صعب المورد ، إلا أنه عذب المذاق ، جار على مقاصد الشريعة »[1].

وبناء على ما ذكره الشاطبي يتعيّن على ولي الأمر عند تشريع القوانين النظر فيما يرافق أو يمكن أن تؤول إليه الأفعال والتصرفات من نتائج ، وإدخال ذلك في الاعتبار عند التشريع وفرض القوانين[2] .

ثانياً : أدلة القاعدة :

يعد مبدأ النظر في المآلات من الأصول الشرعية الثابتة بأدلة عامة وخاصة ، وهذا ما يجعل هذه القاعدة أصلاً من أصول التشريع الإسلامي .

وقد ساق الإمام الشاطبي بعض الأدلة العامة على صحة هذه القاعدة : « أحدها : أن مآلات الأعمال إما أن تكون معتبرة شرعاً أو غير معتبرة ، فإن اعتبرت فهو المطلوب ، وإن لم تُعتبر أمكن

---

(١) الشاطبي ، الموافقات ، ٤/١٩٤- ١٩٥ .

(٢) فرّع الشاطبي على هذه القاعدة عدة قواعد حيث قال : « وهذا الأصل ينبني عليه قواعد : أولاً : قاعدة سد الذرائع التي حقيقتها التوسل بما هو مصلحة إلى مفسدة ، ثانياً : الاستحسان التي هي الأخذ بمصلحة جزئية في مقابلة دليل كلي، ثالثاً : قاعدة الحيل فإن حقيقتها المشهورة تقديم عمل ظاهر الجواز لإبطال حكم شرعي وتحويله في الظاهر إلى حكم آخر ، رابعاً : مراعاة الخلاف » ، ينظر : الشاطبي ، الموافقات ، ٤/١٩٨ ٢٠٥ .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

أن يكون للأعمال مآلات مضادة لمقصود تلك الأعمال ، وذلك غير صحيح ، لأن التكاليف مشروعة لمصالح العباد ، ولا مصلحة تتوقع مطلقاً مع إمكان وقوع مفسدة توازيها أو تزيد »[1].

ثم ذكر الشاطبي بعض الأدلة الشرعية التي تثبت أن المآلات معتبرة في أصل الشريعة ، ومنها:

١-عن عائشة بنت أبي بكر ﷺ أن رسول الله ﷺ قال لها : « لَوْلَا حَدَاثَةُ عَهْدِ قَوْمِكِ بِالْكُفْرِ لَنَقَضْتُ الْكَعْبَةَ وَلَجَعَلْتُهَا على أَسَاسِ إبراهيم »[2].

قال النووي في شرح هذا الحديث : « وفي هذا الحديث دليل لقواعد من الأحكام..، منه : فكر ولي الأمر في مصالح رعيته ، واجتنابه ما يخاف منه تولد ضرر عليهم في دين أو دنيا »[3].

٢-فعل عمر بن الخطاب ﷺ في منع التزوج بالكتابيات[4].

فهذا الفعل من عمر ﷺ هو من صلاحياته في تقييد المباح إذا كان في الإقدام عليه إضرار بالمجتمع ، أو يؤدي إلى مآل ممنوع شرعاً .

وقد بنى عمر بن الخطاب ﷺ اجتهاده التطبيقي على نتيجة متوقعة من هذا الزواج ، وهي الخشية من وقوع الفتنة بين المسلمات ، بالإعراض عن الزواج منهن ، أو الخشية من مواقعة المومسات من أهل الكتاب ، ولا شك أن هذه المفسدة تناقض الحكمة التي من أجلها أبيح التزوج بالكتابيات ، وهي إزالة ما في قلوبهن من كراهية للإسلام وحقد عليه ، يقول الدريني : « وهذا الفقه من عمر ﷺ يؤكد أصل النظر في مآلات الأفعال واعتبارها شرعاً »[5].

---

(١) الشاطبي ، الموافقات ، ١٩٦/٤ .

(٢) البخاري، صحيح البخاري ، كتاب الحج ، باب فضل مكة وبنيانها ، ح (١٥٠٦) مسلم ، صحيح مسلم ، كتاب الحج ، باب نقض الكعبة وبنائها ، ح (١٣٣٣).

(٣) النووي ، شرح النووي على صحيح مسلم ، ٨٩/٩.

(٤) سبق تخريجه ، ص : ٩٣ .

(٥) الدريني، فتحي، نظرية التعسف في استعمال الحق، بيروت – لبنان، مؤسسة الرسالة، ط٢، ١٤١٩هـ-١٩٩٨م، ص١٥٧.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

ثالثاً : أثر القاعدة في تقييد المباح :

يبدو أثر قاعدة اعتبار مآلات الأفعال في تقييد المباح ظاهراً ، حيث إن تصرف الناس فيما أبيح لهم إذا كان يؤدي إلى مآل ممنوع وجب على ولي الأمر أن يتدخل لمنع ذلك ، وذلك بتقييد هذا المباح إيجاباً أو منعاً ، « فلولي الأمر في دائرة المباح أن يوجب على الناس منه ما تستوجب المصلحة العامة إيجابه عليهم لدفع ضرر عنهم ، وجلب منفعة لهم ، وأن يحظر عليهم منه ما تقتضي مصلحتهم العامة حظره عليهم ، دفعاً لضرره عنهم ، وإذا فعل ذلك كانت طاعته فيما أوجب من ذلك وما نهى عنه واجبة ظاهراً وباطناً »[1].

وهذا التقييد للمباح في ظلّ الظروف العارضة ليس نسخاً لحكم الإباحة ، إذ لا نسخ بعد الرسول ﷺ ، وإنما هو إيقاف للعمل به نظراً إلى المآل الممنوع ، حتى إذا زالت الظروف التي استلزمت ذلك المآل الممنوع عاد الحكم إلى أصله[2].

القاعدة الثالثة : الموازنة بين المصالح والمفاسد :

أولاً : معنى القاعدة :

المقصود بفقه الموازنة : « هو قدرة المجتهد على الترجيح بين المصالح والمفاسد عند التعارض ، فيقدم أهم المصالح وأولاها ، ويدفع أقوى المفاسد بتحمل أدناها »[3].

فمن البديهي أن المصالح والمفاسد تتفاوت في درجاتها ، فعلى المجتهد أن يسعى إلى تحصيل أعظم المصالح ، وإلى اجتناب المفاسد مُقدِّماً الأشد على الأخف ، يقول العز بن عبد السلام : « تنقسم المصالح إلى الحسن والأحسن ، والفاضل والأفضل ، كما تنقسم المفاسد إلى

---

(١) الدريني، خصائص التشريع الإسلامي، ص٢٦٥.

(٢) ينظر: الدريني، نظرية التعسف، ص١٥٩.

(٣) ينظر: القرضاوي، السياسة الشرعية، ص٣٠٠، السويد، ناجي إبراهيم، فقه الموازنات، بيروت – لبنان، دار الكتب العلمية، ط١، ١٤٢٣هـ-٢٠٠٢م، ص٢٧.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

القبيح والأقبح ، والرذيل والأرذل ، ولكل واحد منها رتب عاليات ودانيات ومتوسطات ، متساويات وغير متساويات »[1].

وكثيراً ما يجد ولي الأمر نفسه أمام مصالح يتعارض بعضها مع بعض ، أو مفاسد بعضها مع بعض ، أو المصالح والمفاسد بعضها مع بعض ، فماذا يفعل أمام هذا التعارض ؟ وما يقدم وما يؤخر ؟ وما هو معيار الترجيح بينها ؟ .

ويمكن أن يُتصور هذا التعارض في الصور التالية :

١- التعارض بين المصالح :

يقول العز بن عبد السلام : « إذا تعارضت مصلحتان ، وتعذر جمعهما ، فإن عُلِم رجحان إحداهما قُدِّمت ، وإن لم يُعلم رجحان ، فإن عُلم التساوي تخيّرنا ، وإن لم يُعلم التساوي ، فقد يظهر لبعض العلماء رجحان إحداهما فيقدمها ، ويظن آخر رجحان مقابلها فيقدمه ، فإن صوبنا المجتهدين فقد حصل لكل واحد منهما مصلحة لم يحصلها الآخر ، وإن حصرنا الصواب في أحدهما ، فالذي صار إلى المصلحة الراجحة مصيب للحق ، والذي صار إلى المصلحة المرجوحة مخطئ معفو عنه إذا بذل جهده في اجتهاده »[2].

وقد رتّب الأصوليون مراتب المصالح بحسب الأهمية : الضروريات ، والحاجيات ، والتحسينيات ، ورتّبوا أيضاً بين مراتب الضروريات نفسها ، الدين ، والنفس ، والعقل ، والنسل ، والمال ، يقول الشاطبي : « إن استقراء الشريعة والنظر في أدلتها الكلية والجزئية تدور حول حفظ القواعد الثلاث : الضرورية ، والحاجية ، والتحسينية »[3].

---

(١) ابن عبد السلام، قواعد الأحكام، ٧٨/١.

(٢) ابن عبد السلام، قواعد الأحكام، ٨٧/١.

(٣) الشاطبي، الموافقات، ٤٩/٢-٥١، عرّف الشاطبي الضروريات بـ « ما لا بدّ منها في قيام مصالح الدين والدنيا ، بحيث إذا فقدت لم تجر مصالح الدنيا على استقامة بل على فساد وتهارج وفوت حياة ، وفي الأخرى فوت النجاة والنعيم والرجوع بالخسران المبين...، والحاجيات : مفتقر إليها من حيث التوسعة ورفع الضيق المؤدي في الغالب إلى الحرج والمشقة اللاحقة بفوت المطلوب...، =

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

ويقول أيضاً : « إن الأصول الكلية التي جاءت الشريعة بحفظها خمسة ، وهي: الدين ، والنفس ، والعقل ، والنسل ، والمال »[1].

وفائدة هذا الترتيب هو إجراء الموازنة بين هذه المصالح عند التعارض فيما بينها ، فتقدم الأولى على الثانية ، والثانية على الثالثة ، وهكذا...

٢- التعارض بين المفاسد :

يقول العز بن عبد السلام : « إذا اجتمعت المفاسد المحضة ، فإن أمكن درؤها جميعاً وجب ذلك ، وإن تعذر درء الجميع درأنا الأفسد فالأفسد »[2].

ويتضح من خلال ما ذكره ابن عبد السلام طريقة التنسيق بين المفاسد في كيفية الترجيح بينها عند تقابلها أو تعارضها فيما بينها .

وقد قام الفقهاء بوضع مجموعة من القواعد الفقهية المؤصلة على هذا المبدأ ، فمن هذه القواعد :

أ- الضرر الأشد يُزال بالضرر الأخف[3].

ب- إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمها ضرراً بارتكاب أخفّهما[4].

ج-يختار أهون الشّرّين[5].

فهذه القواعد هي بمثابة الخطة التشريعية التي يستطيع بها ولي الأمر تدبير الأمور عند التعارض بين المفاسد .

=

والتحسينيات معناها : الأخذ بما يليق من محاسن العادات ، وتجنب المدنسات التي تألفها العقول الراجحات » ، ينظر: الشاطبي ، الموافقات، ٢/٨-١١.

(١) الشاطبي، الموافقات، ٣/٤٦-٤٧.

(٢) ابن عبد السلام، قواعد الأحكام، ١/١٣٠.

(٣) ينظر : الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص : ١٩٩.

(٤) ينظر : السيوطي، الأشباه والنظائر، ص :٨٧، الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص : ٢٠١.

(٥) ينظر : الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص : ٢٠٣.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

٣- التعارض بين المصالح والمفاسد :

يقول العز بن عبد السلام : « إذا اجتمعت مصالح ومفاسد ، فإن أمكن تحصيل المصالح ودرء المفاسد فعلنا ذلك...، وإن تعذر الدرء والتحصيل فإن كانت المفسدة أعظم من المصلحة درأنا المفسدة ، ولا نُبالي بفوات المصلحة...، وإن كانت المصلحة أعظم من المفسدة حصّلنا المصلحة مع التزام المفسدة »[١].

وواضح من هذا أن الموازنة بين المصالح والمفاسد عند التعارض تكون للأرجح منهما ، وأن اعتناء الشارع بدرء المفاسد أكثر من اعتنائه بجلب المصالح ، ولذا وضع الفقهاء قاعدة : « درء المفاسد أولى من جلب المصالح »[٢]، فإذا دار الأمر بين درء مفسدة وجلب مصلحة كان درء المفسدة أولى من جلب المصلحة .

يقول ابن تيمية : « القاعدة العامة فيما إذا تعارضت المصالح والمفاسد أنه يجب تقديم الراجح منها فيما إذا ازدحمت المصالح والمفاسد وتعارضت ، فإن الأمر والنهي وإن كان متضمناً لتحصيل مصلحة ودفع مفسدة فينظر في المعارض له ، فإن كان الذي يفوت من المصالح أو يحصل من المفاسد أكثر ، لم يكن مأموراً به ، بل يكون محرماً إذا كانت مفسدته أكثر من مصلحته »[٣].

٤- التعارض بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة :

تقوم هذه القاعدة بالتنسيق بين المصالح المتعارضة ، إذ إن الشارع الحكيم قد اعتبر المصلحتين الخاصة والعامة ، ما دامتا غير متعارضتين ، وأمكن التوفيق بينهما .

---

(١) ابن عبد السلام، قواعد الأحكام، ١٣٦/١.

(٢) السيوطي، الأشباه والنظائر، ص : ٨٧، ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص٩٩، الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص : ٢٠٥.

(٣) ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ١٢٩/٢٨.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

أما عند التعارض فإنه لا بد من تقديم المصلحة الراجحة ، ولا شك أن المصلحة العامة هي الراجحة مقارنة بالمصلحة الخاصة ، يقول الشاطبي : « إن المصالح العامة مقدمة على المصالح الخاصة »[1].

ويقول الدريني : « وقد جاءت الشريعة بقواعد تقيم التوازن بين المصلحتين على أساس من جلب المصلحة الغالبة ، أو درء المفسدة المساوية أو الراجحة ، فإن أمكن رعاية الحقين معاً صِير إليه ، وإذا تعذّر التوفيق قُدمت المصلحة العامة جلباً لأكبر قدر من المصلحتين »[2].

ولذا كان على ولي الأمر رعاية مصلحة عامة الناس ، التي هي أهمّ من رعاية مصلحة الفرد ، لأن في ذلك دفعاً لضرر أكبر ، ولذا قرّر الفقهاء قاعدة : « الضرر الخاص يتحمل لدفع ضرر عام»[3].

وأوضح مثالٍ على ترجيح المصلحة العامة على المصلحة الخاصة عند التعارض في مجال الأحوال الشخصية منع عمر ﷺ التزوج بالكتابيات ، « فالمُنعم النظر في فقه عمر ﷺ في منع المباح هنا ، يرى أنه يدفع بذلك التناقض بين المصلحة الخاصة ـ وهي مصلحة حذيفة في التزوج من الكتابية ـ والصالح العام »[4].

ويلاحظ هنا أنه عند التعارض بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة لا ينظر فيه إلى سلامة الباعث والدافع من الفرد ، لأن الشارع إنما ينظر إلى النتائج الضرورية في حدّ ذاتها ، ولا يلتفت إلى البواعث والدوافع ، بل ولو لم يكن صاحب الحق الفردي قاصداً إيقاع الضرر ، لأن العبرة بالمآلات والنتائج ، أما إذا قصد ذلك فالحرمة مزدوجة ، ودليل ذلك : « أن حذيفة ﷺ ـ وهو الصحابي الجليل ـ لم يكن ليقصد إلا ما قصد الشرع ، غير أن عمر ﷺ رأى أن هذا ضرب من التعسف ، لأن

---

(١) الشاطبي، الموافقات، ٢/٣٥٠.

(٢) الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، ص١٣٧-١٤١.

(٣) الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص : ١٩٧.

(٤) الدريني، نظرية التعسف، ص١٥٨.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

الحق الفردي لا يُشرع استعماله ـ ولو قُصد فيه المصلحة التي شرع من أجلها الحق ـ إذا كان متناقضاً بحسب المآل مع المصلحة العامة »[1].

ثانياً : أدلة القاعدة :

المتدبر في آيات القرآن الكريم وسنة النبي ﷺ يجد أدلة كثيرة على قاعدة الموازنة بين المصالح والمفاسد ، نذكر منها ما يلي :

١- قال تعالى : ﴿ يَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلشَّهْرِ ٱلْحَرَامِ قِتَالٍ فِيهِ ۖ قُلْ قِتَالٌ فِيهِ كَبِيرٌ ۖ وَصَدٌّ عَن سَبِيلِ ٱللَّهِ وَكُفْرٌۢ بِهِۦ وَٱلْمَسْجِدِ ٱلْحَرَامِ وَإِخْرَاجُ أَهْلِهِۦ مِنْهُ أَكْبَرُ عِندَ ٱللَّهِ ۚ وَٱلْفِتْنَةُ أَكْبَرُ مِنَ ٱلْقَتْلِ ۗ ﴾[2]، وقوله تعالى : ﴿ يَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْخَمْرِ وَٱلْمَيْسِرِ ۖ قُلْ فِيهِمَآ إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنَٰفِعُ لِلنَّاسِ وَإِثْمُهُمَآ أَكْبَرُ مِن نَّفْعِهِمَا ۗ ﴾[3].

فبتأمل هذه الآيات نجد أنها توازن بين المصالح والمفاسد ، وأن الله عزّ وجلّ رجح ما كان أكثر مصلحة وأقل مفسدة ، فأباح القتال في الشهر الحرام لأن مفسدة ذلك أقل من مفسدة الفتنة في الدين ، وحرّم الخمر مع وجود بعض المنافع فيه[4]، فهذه الآية بيّنت أن في الخمر مفاسد وبعض المنافع ، ثم جاءت الآية الأخرى لتحرم بناء على قاعدة الموازنة بين المفسدة المترتبة على شرب الخمر ومصلحة ذلك ، فكانت هذه الآيات أصلاً في الموازنة بين المصالح والمفاسد .

---

(١) الدريني، نظرية التعسف، ص١٥٨.

(٢) سورة البقرة: الآية (٢١٧).

(٣) سورة البقرة:الآية (٢١٩).

(٤) ينظر: الطبري، تفسير الطبري، ٢/٣٤٦-٥٠٣، القرطبي، الجامع الأحكام القرآن، ٣/٥١.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library Yarmouk University

ومن السنة النبوية ، عن ابن عمر ﷺ قال : « نهى النبي ﷺ أن يبيع حاضر لباد »[1]، وعن ابن عباس ﷺ قال رسول الله ﷺ : « نهى رسول الله ﷺ أَنْ يُتَلَقَّى الرُّكْبَانُ ولا يَبِيعَ حَاضِرٌ لِبَادٍ »[2].

ففي هذه الأحاديث وما في معناها دليل على تقديم المصلحة العامة على المصالح الخاصة ، فتلقي الركبان وبيع الحاضر للباد فيها مصالح فردية ، لكنها لمّا تعارضت مع المصلحة العامة مُنعت ، تقديماً للمصالح العامة على الخاصة[3].

ثالثاً : أثر قاعدة الموازنة على تقييد المباح :

تبدو أهمية الموازنة بين المصالح والمفاسد في سلطة ولي الأمر في تقييد المباح في أن هذه السلطة لا بدّ أن تتم الموازنة فيه بين المفسدة المترتبة على تقييد المباح وبين المفسدة المترتبة على عدم تقييده ، أو بين المصالح المترتبة على التقييد و عدم التقييد ، ذلك أن تقييد المباح دونما مصلحة معتبر شرعاً وفق قواعد الموازنة والترجيح بين المصالح المتعارضة لا يخلو أن يكون عبثاً من ولي الأمر في التصرف ، فضلاً عن أن تترتب عليه مفاسد محققة ، قد تكون سبباً لبطلان ذلك التصرف شرعاً .

ونشير هنا إلى ما ذكره القرضاوي وهو أن تقرير مبدأ الموازنة بين المصالح سهل نظرياً ، ولكن ممارسته عملياً صعب للغاية ، ولذا فإن ولي الأمر لا بد وأن يعتمد في ذلك على هيئة علمية ذات خبرة علمية وبصيرة نافذة[4].

---

(١) البخاري، صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب من كره أن يبيع حاضر لباد، ح(٢٠٥١)، ٢/٧٥٨، مسلم، صحيح مسلم، كتاب البيوع، باب تحريم بيع الحاضر للبادي، ح(١٥٢٠)، ٣/١١٥٧.

(٢) البخاري، صحيح البخاري، كتاب الإجارة، باب أجرة السمسرة...، ح(٢١٥٤)، ٢/٧٩٥، مسلم، صحيح مسلم، كتاب البيوع، باب تحريم بيع الحاضر للبادي، ح(١٥٢١)، ٣/١١٥٧.

(٣) ينظر: الشاطبي، الموافقات ٢/٣٥٠.

(٤) ينظر: القرضاوي، السياسة الشرعية، ص٣٠٤.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

وخلاصة هذا المطلب أن هذه المبادئ والقواعد التي عرضناها تعطي ولي الأمر المسلم صلاحيات واسعة في تنظيم حياة الناس ، وتحقيق مصالحهم ضمن حدود الشريعة ووفق أصولها وأحكامها .

وأيضاً فهذه القواعد تضع حدّاً لتصرفات ولي الأمر ، وأنه لا بد من اعتماد المصلحة في هذه التصرفات ، وأن ما خرج عن حدّ المصلحة المعتبرة شرعاً هو تصرف مبعثه الهوى ، فيعتبر خارجاً عن دائرة الصحة إلى دائرة البطلان .

هذه القواعد هي بمثابة ضوابط عامة لتقييد المباح ، وأما الضوابط الخاصة فهذا ما سيتّضح في المطلب التالي .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

© Arabic Digital Library-Yarmouk University

المطلب الثالث

ضوابط تقييد المباح

عُلم مما سبق حكم تقييد ولي الأمر لبعض المباحات إيجاباً أو منعاً ، وأن الشرع أعطاه الحق في التقييد إذا كان ذلك يحقق المصلحة العامة للناس .

وإذا ثبتت سلطة ولي الأمر في تقييد المباح ، فإن ذلك لا يعني أن تكون هذه السلطة مطلقة خالية من الضوابط والشروط ، التي يجب على ولي الأمر مراعاتها عند إصدار تشريع وقانون يقيد به ما أباحه الله عزّ وجلّ .

وتأتي أهمية هذه الضوابط في أنها تضع حدّاً لتصرف ولي الأمر في المباح ، بحيث لا يلجأ إلى تقييده والباعث على ذلك الهوى والتشهي ، بل يكون مدعاة ذلك تحقيق مقصود الشرع بجلب المصلحة أو دفع المفسدة .

ويمكن إجمال هذه الضوابط والقيود على سلطة ولي الأمر في تقييد المباح فيما يلي :

الضابط الأول : أن يكون التقييد موافقاً للمصلحة المعتبرة شرعاً :

إذا تقرّر أن تصرف ولي الأمر على الرعية منوط بالمصلحة ، فليس كل ما يُتوهم أنه مصلحة هو كذلك ، إذا لم تكن هذه المصلحة موزونة بالمقاييس الشرعية ، لأن الموازين العقلية والتجريبية لا تستقِلّ وحدها بفهم مصالح الناس .

فكثيراً ما تلجأ الدول إلى تقييد المباحات زعماً منها أن في ذلك تحقيقاً لمصالح الناس ، وهو في الحقيقة ليس كذلك لمخالفته المقصود الشرعي ، وفي هذا المعنى يقول الغزالي : « أما المصلحة فهي عبارة في الأصل عن جلب منفعة أو دفع مضرة ، ولسنا نعني به ذلك ، فإن جلب المنفعة ودفع المضرة مقاصد الخلق ، وصلاح الخلق في تحصيل مقاصدهم ، ولكنا نعني بالمصلحة

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

المحافظة على مقصود الشرع »[1]، ويقول العز بن عبد السلام : « ومصالح الدارين وأسبابها ومفاسدها لا تعرف إلا بالشرع ، فإن خفي منها شيء طُلب من أدلة الشرع »[2].

ويقول ابن تيمية : « إن اعتبار مقادير المصالح والمفاسد هو بميزان الشريعة ، فمتى قدر الإنسان على اتباع النصوص لم يعدل عنها ، وإلا اجتهد برأيه لمعرفة الأشباه والنظائر ، وقلّ أن تعوز النصوص من يكون خبيراً بها وبدلالتها على الأحكام »[3].

ويقول الشاطبي أيضاً : « المصلحة المعتبرة شرعاً لا تعتبر اعتماداً على أهواء النفوس في جلب مصالحها العادية ، أو درء مفاسدها العادية...، فإن الشريعة إنما جاءت لتخرج الناس عن دواعي أهوائهم ، حتى يكونوا عباداً لله تعالى »[4].

والناظر في هذه النقول يظهر له بكل وضوح أنه ليس كل مصلحة يعتقد العقل الإنساني أنها كذلك هي معتبرة شرعاً .

فالمصلحة لا تكون مصلحة إلا إذا كانت في ميزان الشريعة مصلحة ، ولا تقاس بميزان هوى النفوس وشهواتها ، حيث إن اتباع الأهواء يؤدي إلى الفساد ، كما قال سبحانه : ﴿ وَلَوِ ٱتَّبَعَ ٱلْحَقُّ أَهْوَآءَهُمْ لَفَسَدَتِ ٱلسَّمَٰوَٰتُ وَٱلْأَرْضُ وَمَن فِيهِنَّ ﴾[5]. فإن الهوى والتشهي كثيراً ما يقود العقل إلى توهم ما ليس فيه مصلحة مصلحة ، ولذا كان لا بدّ من ضابط فاصل بين ما هو مصلحة معتبرة شرعاً وبين ما هو ليس كذلك ، حتى لا يُتذرع بالمصلحة لإبطال أحكام الشرع بحجة التعارض بينها .

---

(١) الغزالي، المستصفى، ١/١٧٤.

(٢) ابن عبد السلام، قواعد الأحكام، ١/١٣.

(٣) ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ٢٨/١٢٩.

(٤) الشاطبي، الموافقات، ٢/٣٧-٣٨.

(٥) سورة المؤمنون : الآية (٧١).

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

وقد وضع الفقهاء شروطاً وضوابط للمصلحة المعتبرة شرعاً ، أجملها الدكتور محمد سعيد البوطي فيما يلي[1]:

أولاً : اندراجها في مقاصد الشرع :

يقول الغزالي : « نعني بالمصلحة المحافظة على مقصود الشرع ، ومقصود الشرع من الخلق خمسة : وهو أن يحفظ عليهم دينهم ، ونفسهم ، وعقلهم ، نسلهم ، ومالهم ، فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة ، وكل ما يفوت هذه الأصول فهو مفسدة ، ودفعها مصلحة »[2].

فالغزالي يؤكد في هذه العبارة أنه لا يريد المعنى اللغوي للمصلحة على إطلاقه ، بل وضع لها ضابطاً ، بأن جعل المصلحة مرتبطة بالمحافظة على مقاصد الشريعة .

ثم إن وسيلة حفظ هذه الأصول الخمسة تندرج في ثلاث مراحل حسب أهميتها ، وهي ما أطلق عليه علماء الأصول اسم : الضروريات ، والحاجيات ، والتحسينيات .

فإذا اتضح المعنى الكلي للمصلحة المعتبرة شرعاً ، وما تتفرع إليه من الأمور الخمسة لم يصعب أن نعرف ونميّز بين ما هو معتبر شرعاً وما ليس كذلك .

ثانياً : عدم معارضتها للكتاب والسنة والقياس :

من المتفق عليه أن النصوص الشرعية من القرآن والسنة قد راعت مصالح الناس الفردية والجماعية ، الدنيوية والأخروية .

فإذا وُجد تعارض بين النصوص والمصالح ، فلا بد حينها من التفريق بين أمرين : بين النصوص القطعية ، والنصوص الظنية ، وبين المصالح القطعية ، والمصالح الظنية[3].

---

(١) ينظر: البوطي، محمد سعيد، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، دمشق – سوريا، دار الفكر، ط٤، ٢٠٠٥م، ص١٣١.

(٢) الغزالي، المستصفى، ١/١٧٤.

(٣) المصالح القطعية هي التي دلت عليها أدلة من قبيل النص الذي لا يحتمل تأويلاً ، والمصالح الظنية هي ما دلّ عليها دليل ظني من الشرع ، أو اقتضى العقل ظنها ، ومن أمثلة المصالح القطعية : ما دلّ عليه استقراء الأدلة الشرعية من كون مقصد الشارع التيسير ، وأما =

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

فأما النصوص القطعية الثبوت والدلالة فلا يمكن أن تعارض مصلحة قطعية ، لأن القطعيات لا تتعارض ، فإذا ما وُجد تعارض بين نص قطعي وبين مصلحة قطعية ، فلا بدّ أن تكون هذه المصلحة مصلحة موهومة وليست حقيقية ، يقول الشيخ محمد أبو زهرة : « والمصلحة لا تقف أمام نص قطعي ، السند فيه قطعي ، والدلالة فيه قطعية »[1].

وأما الظنيات من النصوص والمصالح فقد يتعارض بعضها بعضاً ، فإذا تعارضت مصلحة ظنية راجحة مع نص ظني ، فالواجب أن يُقدّم النص ، لأن النص الظني أقوى من المصلحة الظنية ، وهذا بخلاف التعارض بين المصلحة القطعية والنص الظني ، فلا بدّ عندئذ أن يُفهم النص الظني فهماً يخرجه عن التعارض مع المصلحة الحقيقية ، يقول أبو زهرة : « وأما إذا كان الحكم ثابتاً بنص ظني في سنده ، أو في دلالته ، والمصلحة ثابتة ثبوتاً قطعياً لا مجال للشك فيها ، وهو من جنس المصالح التي أقرتها الشريعة وملائمة لها ، فإن المصلحة تخصص النص إذا كان عاماً غير قطعي ، فمن المقررات الفقهية : أنه إذا تعارض ظني مع قطعي ، قدّم القطعي »[2].

ولذا قسّم الأصوليون[3] المصالح بحسب اعتبار الشارع لها إلى ثلاثة أقسام :

١- المصالح المعتبرة : وهي المصالح التي ثبت اعتبار الشرع لها ، بأن شرع لها الأحكام الموصلة إليها ، وهي ما يرجع إلى حفظ الأصول الخمسة التي ذُكرت سابقاً .

=

الظنية فمثالها حديث « لا يقضي القاضي وهو غضبان » ، ينظر: ابن عاشور، مقاصد الشريعة، ص٢٢٩-٢٣٠، القرضاوي، دراسة في فقه مقاصد الشريعة، ص١١٢.

(١) أبو زهرة، محمد، أصول الفقه، القاهرة، مصر، دار الفكر العربي، ص٢٢٧.

(٢) أبو زهرة: أصول الفقه، ص٢٢٧.

(٣) ينظر: الغزالي، المستصفى، ١٧٣/١، الآمدي، الإحكام، ٣١١/٣، القرضاوي، السياسة الشرعية، ص٨٤، البوطي، ضوابط المصلحة، ص٢٣٤.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

٢- المصالح الملغاة : وهي المصالح التي أهدرها الشارع ولم يعتدّ بها بما شرعه من أحكام ، مما يدل على عدم اعتبارها ، وهذه المصالح يُسمّيها بعضهم : المصالح المتوهمة أو المصالح المرجوحة .

٣- المصالح المرسلة : وهي المصالح التي لم يدل دليل خاص من نصوص الشريعة على اعتبارها ولا على إلغائها .

ثالثاً : عدم تفويتها مصلحة أهم منها أو مساوية لها .

وبمراعاة هذه الشروط يتبين حدّ المصلحة المعتبرة شرعاً ، والتي يجب على ولي الأمر الأخذ بها عند تقييد المباح ، فلا يجوز له أن يقيّد ما أباحه الله تعالى إلا إذا كانت الغاية من هذا التدخل هو المصلحة ، بشرط أن تكون هذه المصلحة حقيقية وثابتة معتبرة شرعاً .

الضابط الثاني : عدم تعسف ولي الأمر في تقييد المباح :

إذا أجيز لولي الأمر التدخل لتقييد المباح منعاً أو إيجاباً بما يحقق المصلحة العامة ، فإن على ولي الأمر ألا يتعسّف في استعمال هذا الحق الذي أعطاه الشرع إياه .

والمقصود بالتعسف : « مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعاً بحسب الأصل »[١].

ويبيّن الدريني المقصود من التعسف فيقول : « أن يُمارس الشخص فعلاً مشروعاً في الأصل بمقتضى حق شرعي ثبت له أو بمقتضى إباحة مأذون فيها شرعاً على وجه يُلحق بغيره الإضرار أو يخالف حكمة المشروعية »[٢].

وعلى هذا فدرء تعسف ولي الأمر في استعمال حقه في تقييد المباح يعتمد على أمرين:

الأول : طهارة الباعث ، حتى لا يناقض قصد ولي الأمر في استعمال حقه في تقييد المباح قصد

---

(١) الدريني، نظرية التعسف، ص٨٤.

(٢) الدريني، نظرية التعسف، ص٨٧.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

المشرع في منحه إياه ، وذلك بأن يعبث الهوى أو المصلحة الخاصة في تصرفه على الرعية ، الثاني : النظر إلى مآل التصرف الصادر منه ، بقطع النظر عن القصد أو الباعث[1].

وقد أطلق الدريني على هذا النوع من أنواع التعسف مصطلح التعسف في استعمال السلطة التشريعية[2].

وذكر أن هناك معياران أساسيان للتعسف ، وهما :

١- المعيار الذاتي أو الشخصي : وهو المعيار الذي يتعلق بالبواعث التي حركت صاحب الحق إلى التصرف في حقه ، أي العلة الغائية لصاحب الحق ، وهي هنا إما أن تكون قصد الإضرار أو تحقيق مصالح غير مشروعة .

٢- المعيار المادي أو الموضوعي : وهو المعيار الذي تتم من خلاله الموازنة بين المصالح والمفاسد في استعمال الحق ، فإذا كانت المفسدة مساوية للمصلحة أو راجحة مُنع الفعل ، وتشمل كذلك الموازنة بين المصالح الفردية والمصالح الجماعية .

وإذا ما أردنا تطبيق هذين المعيارين عند قيام ولي الأمر بتقييد المباح نجد أن ذلك ينطبق عليه ما يلي :

أما المعيار الذاتي للتعسف التشريعي عند تقييد المباح فيتمّ من خلال مناقضة قصد الشارع في الباعث على مثل هذا التشريع ، بحيث لا يكون تشريعه في تقييد المباح منسجماً مع مقصد الشارع في منحه هذا الحق .

وأما المعيار الموضوعي : فيتمثل في رجحان المفسدة الناجمة عن تقييد المباح على المصلحة المتوخاة من هذا التقييد[3].

---

(١) الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، ص١٧٤.

(٢) ينظر: الدريني، نظرية التعسف، ص٢١١.

(٣) ينظر: الدريني، نظرية التعسف، ص٤٤٩، قويدر، أثر مقاصد الشريعة، ص٢٨٠-٢٨١.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

وبناء على ذلك فينبغي على ولي الأمر درءاً للتعسف في استعماله حقه في تقييد المباح أن يكون الباعث على ذلك هو تحقيق مقاصد الشرع ، وأن يتم ذلك بناء على قاعدة الموازنة بين المصالح والمفاسد المتوقعة للتقييد .

الضابط الثالث : ألا يلجأ ولي الأمر إلى تقييد المباح إلا عند وجود الحاجة إليه[1]:

إذا كان تصرف ولي الأمر على الرعية منوطاً بالمصلحة ، فإن المصلحة تقتضي عدم اللجوء إلى التقييد إلا عند توافر الأسباب الداعية إليه .

لذا يجب أن يكون ما يفعله ولي الأمر في هذا المجال إجراء استثنائياً تمليه الضرورة والحاجة الموجبة له شرعاً ، ولذا أطلقنا على تقييد المباح الذي يلجأ إليه ولي الأمر بأنه تقييد استثنائي ، يقول الشيخ على الخفيف : « وليس في الشريعة ما يحول دون وضع هذه القيود على المباح متى تحققت الضرورة والحاجة الملحة إلى وضعها ، ولم يستقم أمر الناس إلا عليها »[2].

ولكن ما هو المعيار الذي يضبط تدخل ولي الأمر لتقييد المباح ؟ وماهي الأسباب التي تدعو إلى التقييد؟ وما مدى الحاجة إلى تقييد المباح في العصر الحاضر ؟

الوازع ومراتبه في الشريعة الإسلامية :

بيّن بعض الباحثين أن مقياس تدخل ولي الأمر ـ ما دام أنه مسؤول عن تنفيذ الأحكام الشرعية ـ يزيد وينقص تبعاً لمستوى السلوك الأخلاقي السائد في الأمة ، فإذا التزم الأفراد بتعاليم الإسلام الخُلقية عن طواعية واختيار خفّت مسؤولية ولي الأمر ، وقلّت حاجته إلى التدخل بمنعهم من المباح أو إيجابه عليهم ، وإذا هبط مدى تمسكهم بها كبُر وزاد دور ولي الأمر في التدخل ، هذا بالإضافة إلى الظروف الاستثنائية التي قد يتعرض لها المجتمع ما يستدعي معها التدخل .

---

(١) ينظر: جوجو، حسن علي، ١٤١٥هـ-١٩٩٤م، القيود الواردة على سلطة الحاكم في الشريعة الإسلامية، دكتوراة، كلية الشريعة والقانون، جامعة أم درمان الإسلامية، السودان، ص١٥٢. العتيبي، سلطة ولي الأمر، ص١٤٥.

(٢) الخفيف ، علي ، الملكية في الشريعة الإسلامية ، بيروت- لبنان ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٠م ، ص : ١١٢ .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

فإنه وإن كان الأصلُ أن تُنفَّذ تكاليف وشرائع الإسلام بوازع الدين عن قناعة ورضا ، فإن ذلك لا يعني إهمال أنواع الوازع الأخرى[1].

فقد استخدمت الشريعة الإسلامية لحمل الناس على الالتزام بأحكامها وحدودها ثلاثة أنواع من الوازع ، هي : الوازع الجبلي ، والوازع الديني ، والوازع السلطاني .

فاعتمدت في ذلك ابتداء على الوازع الجبلي الذي يدفع الإنسان لجلب المنافع لنفسه ودرء المضار عنها ، مثل منافع الأكل واللباس ونحوها مما يحرص الإنسان بفطرته وجبلته على تحصيلها أو دفعها .

ولكن معظم التكاليف الشرعية أناط الشرع تنفيذها بالوازع الديني ، الذي هو وازع الإيمان الصحيح المتفرع إلى الرجاء والخوف .

فإذا ضعف الوازع الديني عند الناس ، ووقعوا في التهاون والمخالفة أو عدم الالتزام بأحكام الشريعة ، متابعة للهوى وحرصاً على مصالحهم الذاتية ، فإنه لا يُصلح في مثل هذا الواقع إلا الوازع السلطاني ، يقول ابن عاشور : « فمتى ضعُف الوازع الديني في زمن أو قوم أو في أحوال يُظن أن الدافع إلى مخالفة الشرع في مثلها أقوى على أكثر النفوس من الوازع الديني ، هنالك يُصار إلى الوازع السلطاني ، فيُناط التنفيذ بالوازع السلطاني »[2].

وهذا ما أشار إليه ابن خلدون عند حديثه عن وظائف ولي الأمر فقال : « حمل الناس على مقتضى النظر الشرعي »[3]، ويقول أيضاً : « إن البشر عامة بحاجة إلى الوازع السلطاني عند ضعف الوازع الديني »[4].

---

(١) ينظر: العبادي، الملكية، ٢ ٢٦٨، الدريني، خصائص التشريع الإسلامي، ص٧٦.

(٢) ابن عاشور، مقاصد الشريعة، ص٢٨٥.

(٣) ابن خلدون، المقدمة، ١/١٩١.

(٤) ابن خلدون، المقدمة، ١/٢١١.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

وقد ورد عن عثمان بن عفان ﷺ أنه قال : « إن الله ليزع بالسلطان ما لا يزَع بالقرآن »[1].

فكل مبدأ في التشريع الإسلامي كان يُلتزم به بمقتضى الوازع الديني ، يجب أن يُجعل ملزماً بمقتضى الوازع السلطاني إذا رقّ وازع الدين أو ضعف .

وبذلك يكون الدين الإسلامي هو النظام الوحيد الذي يجمع بين التوجيه والتشريع ، وبين الجزاء الأخروي والجزاء الدنيوي ، فهو لا يكتفي بإصلاح النفوس وتربية الضمائر والتحذير من عقوبات اليوم الآخر ، ويترك للناس بعد ذلك حرية التنفيذ والتطبيق ، إنما يجمع إلى كل هذا رقابة الدولة وسلطة ولي الأمر على الناس .

أسباب تقييد المباح :

بناء على ما تقدم يمكننا إجمال الأسباب التي تدعو ولي الأمر إلى تقييد المباح إلى ما يلي :

١-إذا صار المباح وسيلة للإضرار بالغير بقصد أو بغير قصد :

يقول الدريني : « إن الإباحة من الشرع لأمرٍ ما تقتضي أن يكون المكلف مخيّراً بين الفعل والترك ، يُرجّح أحدهما حسبما يرى هو ، أو في ضوء ما تقتضيه مصلحته الذاتية التي هو أدرى بها ، لكن إذا لزم عن هذا المباح مفسدة عامة راجحة في ظرف معين ، بقصد أو بغير قصد ، فعلى الحاكم أن يمنعه درءاً لمفسدة عامة راجحة ، وفي هذا ترجيح لجانب الترك وسلب للمكلف ما كان له من الخيرة فيه...، وكذلك العكس إذا أوجبه وألزم الكافة به ، بناء على ما تقتضيه المصلحة العامة ، من ترجيح جانب الفعل إيجاباً »[2].

---

(١) ابن عبد البر، التمهيد، ١١٨/١، النميري، أبو زيد عمر بن شبة، تاريخ المدينة المنورة، تحقيق: علي دندل، ياسين بيان، بيروت – لبنان، دار الكتب العلمية، ١٤١٧هـ-١٩٩٦م، (١٧٠٤) ١١٥/٢، ابن سعودي، أحمد بن عبد الكريم، الجد الحثيث في بيان ما ليس بحديث، تحقيق: بكر أبو زيد، الرياض – السعودية، دار الراية، ط١، ١٤١٢هـ، ٦٠/١، وقال: جاء عن عثمان موقوفاً، ونحوه عن عمر موقوفاً.

(٢) الدريني، خصائص التشريع الإسلامي، ص٢٦٣-٢٦٤.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

ومن ثمّ فإن ولي الأمر لا ينظر عند تقييد المباح إلى نيّة المكلف وقصده في تصرفه في هذا المباح إذا لزم عن هذا التصرف ضرر بالغ بالأفراد أو الدولة ، فإن الشارع إنما ينظر إلى النتائج المترتبة على التصرف ، ولا يلتفت إلى القصود والبواعث في هذه الحال ، بل ولو لم يكن المكلف قاصداً إيقاع الضرر بالأفراد أو الدولة ؛ لأن العبرة بالنتائج والمآلات ، أما إذا قصد ذلك فالحرمة مزدوجة[1] .

٢-تنظيم معاملات الأفراد حفظاً للنظام العام[2]:

وغالباً ما يكون هذا السبب دافعاً إلى إيجاب المباح دون منعه ، بخلاف السبب الأول ، فقد عُرِف أن من بين وظائف ولي الأمر حفظ النظام العام في الدولة الإسلامية بحفظ حقوق الأفراد ومنع الاعتداء عليها .

فإذا رأى ولي الأمر أن إصدار قانون يوجب به بعض المباحات يحقق مصلحة الناس ، وينظم معاملتهم ، ويحفظ حقوقهم ، فيحق له ـ بل يجب عليه ـ أن يفعل ذلك.

٣-زجر الناس وردعهم عند ضعف الوازع الديني :

عرفنا أن تدخل ولي الأمر في شؤون الناس مرتبط بمدى التزامهم بتعاليم وأحكام الإسلام ، وأن هذا التدخل يزيد عند ضعف الوازع الديني لدى الناس ، ذلك أن كل مبدأ في التشريع الإسلامي كان يُلتزم به الناس بمقتضى الوازع الديني ، يجب على ولي الأمر أن يُلزم الناس بهذا المبدأ إذا رقّ وازع الدين أو ضعف ، يقول القرافي : « اعلم أن التوسعة على الحكّام في الأحكام السياسية ليس مخالفاً للشرع ، بل تشهد له القواعد الشرعية من وجوه...، منها : أن الفساد قد كثر وانتشر ، بخلاف العصور الأولى ، ومقتضى ذلك اختلاف الأحكام بحيث لا تخرج عن الشرع بالكلية »[3].

---

(١) ينظر: الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، ص٩١.

(٢) ينظر: العتيبي، سلطة ولي الأمر في تقييد المباح، ص١٤٨.

(٣) ابن فرحون، تبصرة الحكام، ١٢٦/٢.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

فإنه وإن كان الأصل في أحكام الشريعة أن يكون الامتثال فيها طوعياً بوازع الدين الذي تزرعه العقيدة الإسلامية وتُنمّيه ، لكن الإسلام يفترض وقوع التهاون والمخالفة وعدم الالتزام بهذه الأحكام متابعة للهوى ، فأوجب الشرع على ولي الأمر أن يحمل الناس على الالتزام بأحكام الشريعة بوازع السلطة حفظاً لحقوق الناس وتحقيقاً للمصلحة العامة[1].

مدى الحاجة إلى تقييد المباح في العصر الحاضر :

وبالنظر إلى مدى توفر هذه الأسباب في عصرنا الحاضر ، وبالتالي وجود الحاجة إلى تقييد المباح نستطيع أن نقول : إن عصرنا الحاضر بحاجة ماسة إلى تقييد بعض المباحات التي لم يعُد أغلب الناس يلتزمون بحدودها بمقتضى الوازع الديني ، فأصبحت كثير من المباحات وسيلة إلى الإضرار بالغير ، هذا بالإضافة إلى حاجة هذا العصر إلى تنظيم كثير من المعاملات بين الأفراد حفظاً للحقوق ومنعاً للاعتداء عليها .

ولكن ينبغي أن نشير إلى أنه مهما كان أثر الوازع السلطاني في الحدّ من الضرر المترتب على تعسّف الناس في استعمال ما أُبيح لهم ، إلا أن هذا الوازع كثير ما يستطيع الأفراد التخلص منه بالطرق الملتوية ، ولذا ينبغي أن يكون الوازع الديني هو الأصل ، وأن يُنمّي في الناس بالوسائل المختلفة ، بحيث يصبح وازع الدين هو الأصل ، ووازع السلطان استثناء ، لا العكس .

الضابط الرابع : أن يكون التقييد مؤقتاً ومرتبطاً بسببه[2]:

عُلم مما سبق أن ولي الأمر لا يلجأ إلى تقييد المباح إلا عند وجود الأسباب التي تدعو إلى التقييد .

---

(١) ينظر: الدريني، خصائص التشريع الإسلامي، ص٣٩٣.

(٢) ينظر: جوجو، القيود الواردة على صلاحيات الحاكم، ص١٥٣، العتيبي، سلطة ولي الأمر في تقييد المباح، ص١٤٢.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

وعلى ذلك لا يصح أن يُغيّر الحكم عن أصله مع زوال السبب الداعي إلى ذلك التغيير ، بحيث يبقي تقييد المباح ولو زال السبب الداعي إليه ، أو تعطلت المصلحة المتحققة منه ، لأن ذلك يُعتبر تناقضاً مع المصلحة التي من أجلها أُجيز تقييد المباح .

فإن ولي الأمر لا يجوز له أن ينهى عن إباحة أمر معين ، أو يُغير الحكم الشرعي المقرر بخصوصه بشكل دائم ومستمر ، وإلا كان فعله هذا من قبيل التلاعب بالأحكام الشرعية وتغييرها وفق الأهواء والأمزجة ، وكأنه في ذلك ينسب الخطأ إلى الشريعة في إباحتها لذلك الشيء .

فكل تصرف من ولي الأمر يبقى مشروعاً طالما بقيت فائدته تبعاً للظروف الزمانية والمكانية ، فإذا اختلف شيء من هذه الظروف ، وتغيرت المصلحة تبعاً لذلك ، ينبغي أن يعود الحكم إلى أصله من التخيير بين الفعل والترك[1].

وذلك لأن تدخل ولي الأمر إنما تحتمه الضرورة والحاجة ، والقاعدة الفقهية تقرر أن « الضرورة تقدر بقدرها »[2]، فيكون التقييد مؤقتاً ومحدداً بقدر الضرورة الداعية إليه .

وبناء على ذلك فإن التعبير بأن لولي الأمر أن يقيّد المباح دون أن يُضبط بهذا الضابط يُوحي بالدوام والاستمرار ، وأن التقييد غير مرتبط بما يوجبه من ضرورات ، وهذا لا يصح شرعاً ، بل يجب أن يُعلم أن تدخل ولي الأمر لتغيير الأحكام إنما هو ضرورة ، وأن الضرورة تقدر بقدرها .

وينبني على هذا أن القوانين والتشريعات التي يصدرها ولي الأمر لتنظيم حياة الناس بحاجة إلى مراجعة دورية مستمرة ، وبخاصة القوانين المتعلقة بالأحوال الشخصية ، فإن كثيراً من هذه القوانين مرتبط بأسباب وأحوال متغيّرة وغير ثابتة .

---

(١) ينظر: العتيبي، سلطة ولي الأمر في تقييد المباح، ص١٤٣.

(٢) ينظر: ابن عبد السلام، قواعد الأحكام، ١/١٤٦، الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ١/١٨٧.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

الضابط الخامس : ألا يصدر الأمر بالتقييد إلا بعد الرجوع إلى أهل الاجتهاد والاختصاص[1]:

لضمان صحة التقييد وموافقته للشريعة الإسلامية وقواعدها ، يتطلب ذلك أن يكون صادراً عن هيئة من أهل العلم والاختصاص ، من أهل الخبرة والمعرفة في المجالات التي يتطلبها التقييد .

فقد تبيّن أن صحة تقييد المباح متوقفة على تحقق المصلحة منه ، وهذا ما يستلزم أن يتولى ذلك هيئة علمية على مستوى علمي رفيع يؤهلها للقيام بهذه المهمة المنوطة بها ، بحيث تتوفر في أعضاء هذه الهيئة المعرفة الشرعية لنصوص الشريعة ومقاصدها ، إضافة إلى الخبرة العملية الحياتية في مجالات الحياة السياسية والاجتماعية والاقتصادية وسائر مجالات الحياة الأخرى ، يقول الدريني : « ومن هذا القبيل الاجتهاد بالرأي في تقييد المباح ، وتوقيف العمل بأحد طرفي حكمه الأصلي ، وإيجاب أو منع الطرف الآخر...، ولا يتمّ ذلك على الوجه الأكمل إلا عن طريق أهل الخبرة والاختصاص بالشؤون العامة ، فما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب »[2].

وعليه فلا يجوز أن ينفرد ولي الأمر بتقييد المباحات إلا بعد الرجوع إلى أهل الشورى ، التزاماً منه بأمره سبحانه وتعالى في قوله : ﴿ وَشَاوِرْهُمْ فِي ٱلْأَمْرِ ﴾[3]، فإن معنى الشورى : « هو رجوع ولي الأمر في أمرٍ لم يُستبَن حكمه بنص قرآني أو سنة نبوية أو ثبوت إجماع ، إلى من يُرجى منهم معرفته بالدلائل الاجتهادية من العلماء المجتهدين ، ومن قد ينضم إليهم في ذلك من أولي الدراية والاختصاص »[4].

---

(١) ينظر: جوجو، القيود الواردة على صلاحيات الحاكم، ص١٥٣، العتيبي، سلطة ولي الأمر في تقييد المباح، ص١٢٩، الكيلاني، القيود الواردة على سلطة الدولة، ص٧٩.

(٢) الدريني، خصائص التشريع الإسلامي، ص٣٧٥.

(٣) سورة آل عمران :الآية (١٥٩).

(٤) الصلابي، علي ، الشورى فريضة إسلامية ، دمشق – سوريا ، دار ابن كثير ، ط١، ١٤٣١هـ-٢٠١٠م، ص١٠٩.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

وبناء على ذلك أيضاً فليس المقصود بأهل الشورى أو أهل الحلّ والعقد هم خصوص الفقهاء المجتهدين ، بل هم أحد عناصره ، وفي هذا المعنى يقول الشيخ شلتوت : « ليس أهل الشورى خصوص المعروفين في الفقه الإسلامي باسم الفقهاء أو المجتهدين...، فإن هؤلاء ـ مع عظيم احترامنا لهم ـ لا تعدو معرفتهم في الغالب جانب العلوم النظرية ، ولم يألفوا البحث في تعرّف كثيرٍ من الشؤون العامة ، كشؤون السلم والحرب ، والزراعة ، والتجارة ، والصناعة ، والإدارة ، والسياسة ، نعم ، هم كغيرهم لهم جانب خاص يعرفونه حق المعرفة ، وهم أرباب الاختصاص وأولوا الأرباب فيه ، وهو ما يتصل من التشريعات العامة بأصول الحلّ والحرمة...، وإنما المراد بأهل الشورى أو أهل الحلّ والعقد : هم أهل النظر الذين عُرِفوا في الأمة بكمال الاختصاص في بحث الشؤون وإدراك المصالح والغَيْرة عليها في الشؤون المتعددة بتعدد عناصر الحياة »[1].

وقد أكد هذا المعنى أيضاً الشيخ عبد الوهاب خلاف بقوله : « فإذا اختيرت جماعة متوافرة فيهم مؤهلات الاجتهاد ، وضُمّت إليهم جماعة من العدول وأولي العلم بشؤون الدنيا ، من قانونية ، واقتصادية ، وتجارية ، واجتماعية ، وصحية ، وغيرها ، تكوّنت من هاتين الجماعتين هيئة تشريعية فيها الأهلية للاجتهاد »[2].

فيتحصل من مجموع ما ذُكِر ونُقل أن ما يُشير به أهل الخبرة والاختصاص من آراء تستند إلى منهج علمي قائم على الإحصاء والاستقراء وغيرها من الأساليب العلمية تُعَدّ أدلة شرعية ، ينبغي على ولي الأمر أن يلتزم بها عند قيامه بإصدار قانون يُقيّد به بعض المباحات .

هذه هي أهم الضوابط التي ينبغي على ولي الأمر مراعاتها في تقييد المباح إيجاباً أو منعاً ، وقد زاد بعض الباحثين[3] جملة من الضوابط الأخرى ، والتي هي عند التأمل والتقصي تدخل ضمن

---

(١) شلتوت ، الإسلام عقيدة وشريعة ، ص٢٧٢-٣٧٣ ، بتصرف.

(٢) خلاف، عبد الوهاب، مصادر التشريع فيما لا نص فيه، الكويت – الكويت، دار القلم، ط٥، ١٤٠٢هـ-١٩٨٢م، ص١٧.

(٣) ينظر: جوجو، القيود الواردة على صلاحيات الحاكم، ص١٥٤، العتيبي، سلطة ولي الأمر في تقييد المباح، ص١٣٩.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

ما ذُكر من الضوابط الخمسة ، ومن تلكم الضوابط التي ذُكرت : أن يلتزم ولي الأمر بما يتبنّاه من تقييد المباح ، وأن يكون التقييد في حدود الاعتدال بلا إفراط ولا تفريط ، وأن لا يخالف التقييد دليلاً من الأدلة التفصيلية...

ويتبيّن من خلال ما ذُكر من ضوابط تقييد المباح أنها تضع حدّاً لسلطة ولي الأمر في تغيير الحكم الشرعي ، بحيث لا يلجأ إلى ذلك والباعث عليه الهوى والتشهي ، أو الخضوع لاتفاقيات دولية وضغوط خارجية ، بل يكون الداعي إلى التغيير هو تحقيق المصلحة العامة بدفع المفسدة وجلب المصلحة .

وبمراعاة هذه الضوابط يكون ولي الأمر قد أدّى واجبه الذي أمره الله تعالى به تجاه رعيته : ﴿ وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ ٱلنَّاسِ أَن تَحْكُمُواْ بِٱلْعَدْلِ ﴾[1]، ويأتي بعد ذلك دور الرعية وواجبهم تجاه ولي الأمر.

ولكن ليس كل ولاة الأمور يُراعون هذه الضوابط والشروط عند إصدار قانون يقيد المباح ، فما حكم الإلزام في هذه الحالة ؟ ومتى يكون الإلزام جائزاً ؟ ومتى يكون واجباً ؟ ومتى يكون محرماً ؟ وما واجب الرعية تجاه هذه الحالات ؟ هذا ما سنُبيّنه في المبحث التالي.

---

(١) سورة النساء :الاية (٥٨) .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

المبحث الثالث

الإلزام بتقييد المباح

وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : المقصود بالإلزام بتقيد المباح

المطلب الثاني : حكم الإلزام بتقييد المباح

المطلب الثالث : مخالفة الإلزام وأثرها

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

© Arabic Digital Library-Yarmouk University

المطلب الأول

المقصود بالإلزام بتقييد المباح

الفرع الأول: الإلزام لغة واصطلاحاً :

أولاً : الإلزام في اللغة :

الإلزام مصدر الفعل ألزم المتعدي بالهمزة ، وأصله لزم الشيء يلزم لزوماً ، أَي : ثبت ودام .

جاء في معجم مقاييس اللغة : « اللام والزاي والميم أصل واحد ، يدل على مصاحبة الشيء بالشيء ، دائماً ، يقال : لزمه الشيء ويلزمه »[1].

يقال : لزم الشيء فلاناً : وجب عليه وثبت ، ولزمه المال أو الطلاق : أَي وجب عليه ، وألزمه به : أَي أوجبه عليه فصار واجباً ثابتاً .

وبناء عليه فإن مادة (لزم) تدل على الثبات والدوام ، وكل ما تصرف منها يحمل على هذا المعنى ، ومن ذلك المصدر (الإلزام) ، فهو يدل على إيجاب أمر على الغير وإثباته عليه ، فالإلزام في اللغة الإثبات والدوام والإيجاب على الغير[2].

ثانياً : تعريف الإلزام اصطلاحاً :

لم يخرج الفقهاء في استعمالهم لمصطلح الإلزام عن المعنى اللغوي لهذه الكلمة ، الذي هو كما بيّنا الإيجاب على الغير.

---

(١) ابن فارس ، معجم مقاييس اللغة ، (لزم) ، ٢٤٥/٥.

(٢) ينظر: ابن منظور، لسان العرب ، (لزم) ٥٤١/١٢، الزبيدي ، تاج العروس ، (لزم) ، ٤١٧/٣٣-٤١٨.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

وقد ذكر الأستاذ وليد الربيع في كتابه : الإلزام في التصرفات المالية في الفقه الإسلامي ، أنه لم يجد للفقهاء تعريفاً دقيقاً أو تحديداً فقهياً لمعنى الإلزام يبيّن ماهيته ، ويكشف حقيقته ، ويُحدِّد أبعاده .

وأضاف أيضاً : « ولا يعني هذا أن مصطلح الإلزام غريب على لغة الفقهاء ، أو أنه دخيل على كتب الفقه ومصنفات العلماء »[1].

ثم ذكر مجموعة من الأمثلة والنصوص الواردة في كتب الفقهاء يظهر منها أن معنى الإلزام كان معروفاً للعلماء والمؤلفين في الفقه والأحكام ، وإن كانوا لم يذكروا له تعريفاً اصطلاحياً يجمع معانيه ويحدّ مدلولاته[2].

وقد حاول الربيع بعد ذلك أن يضع تعريفاً مناسباً لمصطلح الإلزا م ، وقد وُفّق في رأيي لذلك، فكان تعريفه كما وصفه بقوله : « فهذا التعريف ـ فيما يظهر ـ قد جمع قدر الإمكان مقومات الإلزام ، وحدّد مجالاته ، ورسم أبعاده ، وبيّن مدلولاته »[3].

فقد عرّف الإلزام بأنه : « الإيجاب على الغير بحق من ذي سلطة شرعية وحمله على فعل أمر أو الامتناع عنه »[4].

فقوله : (الإيجاب على الغير) قيد يخرج به إيجاب المكلف على نفسه ما لم يجب عليه باليمين والنذر ونحوها .

وقوله : (بحق) قيد يخرج به الإلزام بغير حق فعلاً أو تركاً ، وهو ما يُعرف بالإكراه .

وقوله : (من ذي سلطة شرعية) قيد يخرج به الإلزام من غير جهة الشرع .

---

(١) الربيع : وليد خالد ، الإلزام في التصرفات المالية في الفقه الإسلامي ، عمان – الأردن ، دار النفائس، ط١، ١٤٢٧هـ- ٢٠٠٧م ، ص٢٣.

(٢) ينظر : الربيع، المصدر السابق، ص٢٦-٢٧.

(٣) الربيع ، الإلزام في التصرفات المالية ، ص٣٧.

(٤) الربيع ، المصدر السابق ، ص٣٢.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

وقوله : (على فعل أمر أو الامتناع عنه) لبيان سعة دائرة الإلزام ، ليشمل الإلزام بالفعل والإلزام بالترك[1].

الفرع الثاني : مصادر الإلزام وأنواعه :

تبيّن من خلال التعريف السابق أن الإلزام لكي يكون شرعياً لا بدّ وأن يصدر من جهة مخوّل لها شرعاً ذلك الإلزام .

وبذلك يصح القول بأن الشرع هو المصدر الحقيقي للإلزام ، فالشرع هو الذي رسم حدوداً لكل التصرفات ، ما يصح منها وما لا يصح ، ورتّب عليها أحكامها .

لكن الشرع جعل للإلزام طريقين : طريقاً مباشراً ، وطريقاً غير مباشر .

فأما الإلزام المباشر : فهو ما كان من الله تعالى أو رسوله ﷺ ، وذلك من خلال التكليف بالأحكام الشرعية التي ألزم بها عباده ، ووردت في الكتاب والسنة ، من واجبات ومنهيات ، حيث أوجب الله سبحانه وتعالى طاعته وطاعة رسوله ﷺ ، فقال سبحانه : ﴿ وَأَطِيعُواْ ٱللَّهَ وَٱلرَّسُولَ لَعَلَّكُمۡ تُرۡحَمُونَ ﴾[2].

والإلزام غير المباشر : هو ما كان من إلزام الناس بعضهم بعضاً بتسليط الله تعالى[3].

فقد جعل الله تعالى لبعض الناس سلطة لإلزام من يدخل تحت سلطته بما لا يتعارض مع حدود الشرع وأحكامه ، وهو ما يُعرف في الفقه الإسلامي بالولاية .

وقد عرّف الفقهاء الولاية بأنها : سلطة شرعية يحق للولي بمقتضاها الإيجاب على المولى عليه وإجباره .

---

(١) الربيع، المصدر السابق ، ص٣٤-٣٥.

(٢) سورة آل عمران:الاية (١٣٢).

(٣) ينظر: الموسوعة الفقهية الكويتية، ١٨٣/٦، الربيع، الإلزام في التصرفات المالية، ص٣٤.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

وقسّموا الولاية إلى نوعين : ولاية خاصة ، وولاية عامة[1].

فالولاية الخاصة : هي التي يملك بها الولي التصرف في شأن من الشؤون الخاصة للأشخاص المولّى عليهم ، كولاية الأب على أولاده الصغار .

والولاية العامة : هي سلطة ولي الأمر أو من ينوب عنه في التصرف في شؤون الناس العامة ، وحملهم على الالتزام بالأحكام الشرعية ، وقد أوجب الله تعالى على الناس طاعة ولي الأمر بقوله : ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَطِيعُواْ ٱللَّهَ وَأَطِيعُواْ ٱلرَّسُولَ وَأُوْلِى ٱلْأَمْرِ مِنكُمْ ﴾[2].

ومحلّ دراستنا هو الولاية الشرعية العامة .

مصدر إلزام ولي الأمر وأساسه :

يرى كثير من الفقهاء والعلماء أن مصدر الولاية العامة لولي الأمر ـ إضافة إلى الأمر الشرعي بوجوب طاعته ـ هو العقد السياسي العام ، وهو عقد المبايعة بين الناس بعضهم لبعض لواحد منهم ليتولى الإمارة عليهم لتنفيذ الأحكام الشرعية فيما بينهم في كل أمور الحياة .

وفي هذا المعنى يقول محمد ضياء الدين الريس : « إن المصدر الذي يستمدّ منه ولي الأمر سلطته هو العقد المُبرم بينه وبين الأمة...، ولمّا كان كلّ عقد لا يتمّ إلا بوجود طرفين ، وإيجاب وقبول ، فإن الطرف الأول لهذا العقد هو الأمة ، التي تعتبر هي المُوجِب لهذا العقد »[3].

ويقول أيضاً : « وقد سُمِّيت الصورة التي يتمّ بها التعاقد بالبيعة ، قياساً على ما يتم في عقد البيع ، فقد كانوا إذا بايعوا الأمير وعقدوا عهده ، جعلوا أيديهم في يده تأكيداً للعقد ، فأشبه ذلك فعل البائع والمشتري ، فسُمِّي بيعة »[4].

---

(١) ينظر: الموسوعة الفقهية الكويتية ، ١٣٩/٤٥ .

(٢) سورة النساء: الآية (٥٩).

(٣) الريس: محمد ضياء الدين، النظريات السياسية الإسلامية، القاهرة – مصر، دار التراث، ط السابعة، ص : ٢١٦ بتصرف.

(٤) الريس ، النظريات السياسية الإسلامية : ص٢١٥ ، بتصرف .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

وبهذا يتضح أن الإلزام الذي يملكه ولي الأمر هو أثر من آثار هذا العقد ، يقول الشيخ مصطفى الزرقا : « الإلزام أثر عام لجميع العقود بلا استثناء ، فما من عقد صحيح إلا وينشئ التزاماً معيناً على أحد عاقديه ، أو التزامات متقابلة معينة بينهما موزعة عليهما ، بحسب موضوعه والشروط التي يتفق عليها عاقداه ضمن الحدود الجائزة شرعاً »[1].

وقد أوضح الماوردي أن هذا العقد السياسي الذي تمّ بين طرفيه ، هو منشأ الالتزام بالنسبة لولي الأمر والرعية على السواء ، وأن هذا العقد يُوجب على كل طرف واجبات ، ويستحق بها بعض الحقوق .

فبالنسبة لولي الأمر الذي هو صاحب الولاية العامة ، يوجب عليه هذا العقد القيام بمهمة تنفيذ شرع الله تعالى في الناس ، حيث إن جميع أمور الأمة مفوضة إليه ، ليقوم بتصريفها وإدارتها بما يحفظ بها دينها ، ويحقق صلاح حالها واستقامة أمرها ، وقد سبق الحديث عن وظائف ولي الأمر وواجباته في مطلب سابق[2].

وأما الالتزام الذي يُوجبه هذا العقد السياسي على الرعية ، فيتعيّن عليها أمران : الطاعة والنصرة ، يقول الماوردي : « وإذا قام الإمام بما ذكرنا من حقوق الأمة فقد أدّى حق الله تعالى فيما لهم ، وعليهم حقّان : الطاعة والنصرة »[3].

معنى الإلزام بتقييد المباح :

وبناء على ما سبق يتّضح معنى الإلزام بتقييد المباح ، وأنه : إيجاب ولي الأمر اتّباع ما صدر عنه من قانون يقيّد به المباح إيجاباً أو منعاً.

---

(١) الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، ١/٥١٤.

(٢) ينظر ص : ٥١ .

(٣) الماوردي، الأحكام السلطانية، ص١٧.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

المطلب الثاني

حكم الإلزام بتقييد المباح

إذا كان الشارع قد أعطى ولي الأمر الحق في إلزام الناس ، وأمر الناسَ أن يطيعوه في ذلك الإلزام ، فإن ذلك لا يعني أن الشرع قد ترك لولي الأمر حرية مطلقة في التصرف في هذا الحق ، فيُلزم بما لا مصلحة في الإلزام به ، أو يتوقف عن الإلزام مع أن المصلحة قد تستدعي ذلك .

ولبيان متى يكون الإلزام من ولي الأمر واجباً ، ومتى لا يكون كذلك ؟ لا بدّ من التعرّف على مقصد الشرع من منح الحقوق عموماً ، ليتّضح القصد من إعطاء ولي الأمر الحق في تقييد المباح .

أولاً : مقصد الشرع من منح ولي الأمر حق تقييد المباح :

« الحقّ في نظر الشريعة منحة من الله تعالى ، فالشريعة هي أساس الحق ، وليس الحق هو أساس الشريعة »[1].

يترتّب على هذا المبدأ الذي يُبيّن طبيعة الحق في الفقه الإسلامي عدة أمور ، منها :

الأول : أن الشارع إنما منح الحق لحكمة ، هذه الحكمة هي المصلحة التي قصد الشرع تحقيقها بتشريع الحق ، فما هو إلا مجرد وسيلة لتحقيق الغاية التي شُرِع من أجلها .

الثاني : إذا كانت الشريعة هي أساس الحق ، فالأصل في الحقّ التقييد ، لأنه مُقيَّد ابتداء بما قيّدته به الشريعة ، بالوسائل الشرعية المختلفة ، كالنصوص الخاصة ، والقواعد العامة ، ومقاصد الشريعة[2].

---

(١) الدريني ، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ، ص٢٣.

(٢) ينظر: الدريني، المصدر السابق، ص٢٣.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

وبناء على ما سبق فإن على صاحب الحق أن يُراعي عند تصرفه في حقّه الذي منحه الشرع أمرين : أن يكون تصرفه في حقه موافقاً لقصد الشرع من تشريع الحق ، لأن استعمال الحق في غير ما شُرع له تعسف ومناقضة لقصد الشارع فيما شرع .

الثاني : أن يُراعي القيود التي قيّد الشرع بها هذا الحق ، بحيث لا يكون تصرفه في حقّه وسيلة للإضرار بالمصالح الخاصة أو العامة .

وإذا ما أردنا تطبيق مبدأ طبيعة الحق في الشريعة الإسلامية وما ترتّب عليه على حق ولي الأمر في تقييد المباح يتّضح لنا التالي :

١- إن مقصد الشارع من منح ولي الأمر سلطات تقديرية واسعة هو تحقيق المصلحة العامة ورعايتها ، ويدخل ضمن هذه السلطات سلطته في تقييد المباح والإلزام به ، فيجب أن يكون هذا التقييد محققاً للمصلحة قصداً وفعلاً .

٢- أما القصد فينبغي أن يكون الباعث على تقييد المباح هو تحقيق مقصد الشرع من هذا الحق ، وألا يتدخل الهوى أو المصلحة الخاصة أو الاستجابة للضغوط الخارجية في هذا التقييد.

٣- أما الفعل والتطبيق فينبغي أن يستند التقييد إلى مبدأ الموازنة بين المصالح والمفاسد ، بالإضافة إلى مراعاة الضوابط الأخرى والتي سبق بيانها ، ذلك أن طهارة الباعث على التقييد وموافقته لمقصد الشرع ، دون أن يتبع ذلك حسن التطبيق ، لا يكون كافياً لمشروعية التقييد .

ثانياً : حكم الإلزام بتقييد المباح :

مما سبق يتّضح حكم إقدام ولي الأمر على تقييد ما أباحه الله عزّ وجلّ ، وأن ذلك يتوقّف على صحة الخطوات التي يتّبعها ولي الأمر عند تقييد المباح ، يقول الشيخ مصطفى الزرقا : « إن الفقهاء قد اعتبروا أوامر ولي الأمر مرعية نافذة شرعاً ، ولو كانت تتضمن تقييد مطلق ، أو منع جائز

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

في الأصل ، أو ترجيح رأي فقهي مرجوح ، ما دامت تستند إلى مصلحة يُرجَع إلى ولي الأمر في تقديرها »[1].

فتقييد المباح يكون مشروعاً وتترتّب عليه آثاره إذا كان مستنداً إلى المصلحة ، والتي هي مناط مشروعية الولاية العامة في الشريعة ، كما أن تقييد المباح من قبل ولي الأمر يفتقر إلى المشروعية إذا كان غير مستند إلى المصلحة .

وبالتالي فإن تقييد المباح ـ إيجاباً أو منعاً ـ لا لمصلحةٍ معتبرة شرعاً ، أو كان التقييد بدافع عبثي ، يعدّ تعسّفاً في التشريع من قِبَل ولي الأمر ، لأنه مناقضة لقصد الشارع من منحه هذا الحق وهذه السلطة .

وأيضاً فإن صحة تصرّف ولي الأمر في تقييد المباح متوقفة على مدى موافقته لقواعد الشريعة وحدودها ، بأن يعتمد هذا التصرف على رأي المجتهدين ، بالإضافة إلى وجوب أن تتمّ الموازنة فيه بين المفسدة المترتبة على تقييد المباح ، وبين المفسدة المترتبة على عدم تقييده ؛ لأن تقييده دون الاعتماد على قواعد الموازنة والترجيح بين المصالح المتعارضة التي يُقدِّرها أهل الخبرة والاجتهاد ، لا يخلو ـ على أقل تقدير ـ من عبثية في التصرّف ، فضلاً عن أن تترتب عليه مفسدة محققة ، تعتبر مناطاً لبطلان ذلك التصرّف شرعاً[2].

تقييد المباح حقّ أم واجب :

بالنظر إلى ما سبق تقريره فإن حق تقييد المباح الذي منحه الشارع لولي الأمر قد يصبح واجباً إذا كانت المصلحة لا تتحقق إلا به ، فإذا رأى ولي الأمر أن بعض المباحات قد صار لا يؤدي المصلحة التي شرع من أجلها ، وأنه يؤدي إلى مفسدة شرعية ، أو أن مباحاً ما في إيجابه تحقيق

---

(١) الزرقا، المدخل الفقهي العام، ٢١٥/١، بتصرف يسير.

(٢) ينظر: قويدر، أثر مقاصد الشريعة، ص٢٧٦.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

لمصلحة ودفع لمفسدة ، وجب على ولي الأمر أن يُقيّد المباح منعاً في الأول ، وإيجاباً في الثاني ، تحقيقاً لمصلحة الرعية ، وبالتالي تنتقل سلطة تقييد المباح من كونها حقاً لولي الأمر يحق له اللجوء إليها ، إلى واجب وفرض يجب عليه ذلك .

ذلك أن عدم قيام ولي الأمر بالتقييد مع بدو وجه المصلحة ورجحانها ، يمثّل مخالفة لمقصد الشارع من منحه هذا الحق ، وهذا ما يمكن أن نُسمّيه : التعسف السلبي في الاجتهاد التشريعي[1].

فكما أن لجوء ولي الأمر للتقييد مع عدم وجود المصلحة في ذلك يُعَدّ تعسفاً إيجابياً في استعمال السلطة ، فإن عدم القيام بالتقييد مع ظهور المصلحة في ذلك لا يعدو أن يكون تعسفاً سلبياً.

ثالثاً : الحكم المترتب على تعسّف ولي الأمر في تقييد المباح :

إذا ما تبيّن كيفية تحقق التعسف في تقييد المباح ، فإن حكم هذا التصرف هو حكم كل تصرّفٍ يكون فيه المكلّف مناقِضاً لقصد الشرع ، ألا وهو البطلان .

لأنه إذا كان تصرف ولي الأمر على وفق المصلحة التي هي مقصد الشارع يُعدّ صحيحاً وتترتب عليه آثاره ، من وجوب الطاعة وحرمة المخالفة ، فإن كل تصرف يخالف المصلحة فهو تصرف باطل ، والتصرف الباطل هو ذلك التصرف الذي لا تترتّب عليه الآثار الشرعية التي تترتّب على التصرّف الصحيح .

وفي هذا المعنى يقول الدريني : « تُقرّر الشريعة الإسلامية أربعة أنواع من الجزاء على التعسف : أولاً : الجزاء العيني : وذلك بإبطال ذات التصرف ، لمنع ترتيب آثاره عليه...، ثانياً : الجزاء التعويضي ، ثالثاً : الجزاء التعزيري ، رابعاً : الجزاء الأخروي »[2].

---

(١) ينظر: الدريني، نظرية التعسف ، ص٣٧.

(٢) الدريني، نظرية التعسف، ص٤٢١.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

هذا ما يتعلق بالحكم الوضعي المترتب على التعسف في تقييد المباح ، أما الحكم التكليفي لهذا التصرف ، فإن ذلك يعتمد على القصد والباعث على هذا التصرف ، فإن كان القصد سليماً ولكن وقع خطأ في التنفيذ ، بعد الاجتهاد في تحري الصواب ، فقد يكون معذوراً في ذلك ، بل يكون مأجوراً لحديث رسول الله ﷺ : « إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران ، وإذا حكم فاجتهد ثم أخطأ فله أجر »[1]، وإن لم يكن القصد سليماً والباعث على التصرف مشروعاً ، فإن ذلك يُدخِل هذا التصرف في دائرة الحرمة ، يقول الدريني : « تمتاز الشريعة الإسلامية بترتيب جزاء أخروي على البواعث أو النيات غير المشروعة ، فالقصد غير المشروع أو التحايل على قواعد الشرع ، يترتّب عليه الإثم فضلاً عن الجزاء الدنيوي ، بل هو الأصل ؛ لأن الشريعة الإسلامية باعتبارها ترتكز على عقيدة دينية ، تجعل لفكرة الحلال والحرام المنزلة الأولى في أحكامها ، فكانت بذلك نظاماً روحياً ومدنياً معاً »[2].

وخلاصة ما سبق أن مقصد الشرع من منح ولي الأمر سلطة تقييد المباح هو تحقيق المصلحة العامة ، وأنه يجب على ولي الأمر عند القيام بالتقييد تحقيق هذه المصلحة قصداً و فعلاً ، فإن التزم بذلك كان تقييده صحيحاً تترتب عليه الآثار الشرعية ، وإلا كان التصرف باطلاً .

وتبين أيضاً أن الحكم التكليفي لتقييد المباح يتوقّف على القصد والباعث عليه ، فقد يكون جائزاً ، وقد يكون واجباً إذا كانت المصلحة لا تتحقق إلا به ، ويكون حراماً إذا كانت البواعث غير مشروعة ، أو لم يُلتزَم في التقييد بقواعد الشريعة وحدودها .

---

(١) البخاري، صحيح البخاري، كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة، باب أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ، ح(٦٩١٩) مسلم، صحيح مسلم، كتاب الأقضية، باب أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ، ح(١٧١٦).

(٢) الدريني، نظرية التعسف، ص٤٢٣.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

المطلب الثالث

مخالفة الإلزام وأثرها

تبيّن مما سبق أن مصدر الإلزام الذي يملكه ولي الأمر هو العقد السياسي ، الذي هو منشأ الالتزام بالنسبة لولي الأمر والرعية على السواء ، وأن هذا العقد يُوجب على كل طرف من أطرافه بعض الواجبات ، هذه الواجبات هي بمثابة الآثار المترتبة على هذا العقد .

وتبيّن أيضاً أن أي تصرف من ولي الأمر يجب أن يُراعي فيه المصلحة الشرعية ، وأنه يجب عليه أن يلتزم بتحقيق المصلحة عند تقييد المباح في القصد والتطبيق ، وأن التزامه بذلك يجعل هذا التصرف صحيحاً مشروعاً تترتب عليه آثاره الشرعية ، وأن عدم الالتزام ينتج تصرفاً باطلاً غير مشروع ، لا تترتّب عليها الآثار الشرعية التي تترتّب على التصرّف الصحيح المشروع .

وحديثنا في هذا المطلب سيكون عن الأثر الذي يترتّب على أحد طرفي هذا العقد وهم الرعية ، والالتزام الذي يجب عليه بالنسبة للطرف الآخر ، الذي هو ولي الأمر ، ألا وهو الطاعة .

الفرع الأول : أنواع الطاعة وأحكامها في الشريعة الإسلامية :

أولاً : الطاعة لغة واصطلاحاً :

الطاعة في اللغة : الانقياد والموافقة ، يقال : أطاعه يطيعه طاعة : إذا انقاد له[1].

والطاعة في الاصطلاح : « الاستجابة والانقياد لما يأمر به وينهى عنه ولي الأمر ، وذلك بامتثال الأمر والنهي دون منازعة ومعارضة »[2].

---

(١) ينظر: ابن منظور، لسان العرب، (طوع)، ٢٤١/٨، الزبيدي، تاج العروس، (طوع) ٤٦٢/٢١.

(٢) الطريقي، طاعة أولي الأمر، ص٩.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

أو هي : « قبول كل ما يصدر ولي الأمر من أوامر ، ظاهراً و باطناً ، ووجوب امتثالها ، لما لها من صفة اللزوم »[1].

ثانياً : أنواع الطاعة وحكمها :

تنقسم طاعة ولي الأمر بحسب المأمور به إلى قسمين :

١- الطاعة في المعروف :

وفي هذه الحالة يجب على الرعية الطاعة بالنص والإجماع ، أما النصوص في هذا الباب فكثيرة ، منها :

أ- قوله تعالى : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَطِيعُواْ ٱللَّهَ وَأَطِيعُواْ ٱلرَّسُولَ وَأُوْلِى ٱلْأَمْرِ مِنكُمْۖ ﴾[2].

فهذه الآية ـ كما قال المفسرون ـ تدلّ على وجوب طاعة أولي الأمر ، وهي وإن كانت تدلّ على مطلق الطاعة ، إلا أنها مقيّدة بما ورد في النصوص الأخرى .

ب- عن عبادة بن الصامت ﷺ ، قال : « دعانا رسول الله ﷺ فبايعناه ، فكان فيما أخذ علينا أن بايعنا على السمع والطاعة في منشطنا ومكرهنا ، وعُسرنا ويُسرنا ، وأثرة علينا ، وألا ننازع الأمر أهله ، قال : إلا أن تروا كفراً بواحاً عندكم من الله فيه برهان»[3].

ج-عن علي بن أبي طالب ﷺ قال : قال رسول الله ﷺ : « إنما الطاعة في المعروف »[4].

وأما الإجماع : فقد أجمع العلماء على وجوب الطاعة في المعروف ، كما نقله النووي وغيره[5].

والمراد بالمعروف : « ما عُرف في الشرع حسنه نهياً وأمراً »[6].

---

(١) الدريني، خصائص التشريع الإسلامي، ص٣٦٣.

(٢) سورة النساء:الآية (٥٩).

(٣) سبق تخريجه: ص٩٠.

(٤) سبق تخريجه: ص٩٠ .

(٥) ينظر: النووي ، شرح صحيح مسلم، ٢٢٩/١٢.

(٦) ابن حجر، فتح الباري ، ٦٥/١.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

٢- الطاعة في المعصية :

وفي هذه الحالة لا طاعة لولي الأمر بالنص والإجماع ، ومن النصوص الواردة في هذا الباب:

أ- عن ابن عمر ﷺ عن النبي ﷺ قال : « على المرء المسلم السمع والطاعة فيما أحب وكره ، إلا أن يؤمر بمعصية ، فإن أُمِر بمعصية فلا سمع ولا طاعة »[١].

ب- حديث علي بن أبي طالب المتقدم أن رسول الله ﷺ قال : « إنما الطاعة في المعروف »[٢].

إلى غير ذلك من الأحاديث التي تدلّ على أنه لا طاعة لأحد في معصية الله عزّ وجلّ .

وأما الإجماع فيقول النووي : « قال العلماء تجب طاعة ولاة الأمور فيما يشق وتكرهه النفوس وغيره مما ليس بمعصية ، فإن كانت لمعصية فلا سمع ولا طاعة ، كما صُرِّح به في بعض الأحاديث ، فتُحمل الأحاديث المطلقة لوجوب طاعة ولاة الأمور على موافقة تلك الأحاديث المُصرِّحة بأنه لا سمع ولا طاعة في المعصية »[٣].

الفرع الثاني : حكم طاعة ولي الأمر في تقييد المباح :

تبيّن مما سبق أن تقييد ولي الأمر للمباح يكون في بعض الحالات صحيحاً مشروعاً ، وفي بعضها الآخر باطلاً غير مشروع ، وأن معيار ذلك هو مدى تحقق المصلحة العامة في القصد والفعل.

وتبيّن أيضاً أن الشرع أوجب طاعة ولي الأمر فيما كان مشروعاً ، ولم يوجب طاعته فيما كان فيه معصية لله عزّ وجلّ .

---

(١) سبق تخريجه، ص٩٠ .

(٢) سبق تخريجه، ص٩٠ .

(٣) النووي، شرح صحيح مسلم، ٢٤٤/١٢-٢٢٥.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

وعلى ذلك فإذا أصدر ولي الأمر قانوناً يقيّد بعض المباحات إيجاباً أو منعاً ، نُظِر في مدى تحقق المصلحة العامة من هذا التقييد .

فإن كان تقييد المباح مُحققاً للمصلحة وكان صحيحاً مشروعاً ، وجب على الرعية في هذه الحالة طاعة ولي الأمر في التقييد ، وامتثال أوامره ونواهيه ، ظاهراً وباطناً ، إذ أمره يعتبر وجوباً شرعياً يقتضي تنفيذه .

يقول الدسوقي في حاشيته على الشرح الكبير : « واعلم أن محل كون الإمام إذا أمر بمباح أو مندوب تجب طاعته ، إذا كان ما أمر به من المصالح العامة »[1].

وجاء عند الشافعية : « وإذا أمر ولي الأمر بمباح أو مندوب فيه مصلحة عامة وجب ظاهراً وباطناً »[2].

ويقول الشيخ علي الخفيف : « إن لولي الأمر في دائرة المباح أن يُوجب على الناس منه ما تستوجب مصلحتهم العامة إيجابه عليهم ، لدفع ضرر عنهم ، وجلب منفعة لهم ، وأن يحظر عليهم منه ما تقتضي مصلحتهم العامة حظره عليهم ، دفعاً لضرره عليهم ، وإذا فعل ذلك كانت طاعته فيما أوجب من ذلك وما نهى عنه واجبة ، ظاهراً وباطناً »[3].

وإنما تجب طاعته في تقييد المباح ، لأن الامتثال في المباح أمراً ونهياً لا يترتب عليه معصية ، بل هو داخل في المعروف الذي تجب طاعة ولي الأمر فيه .

وعلى ذلك فإنّ أَمْر ولي الأمر المُقيّد للمباح إن تُوخي فيه المصلحة العامة يُحدث حكماً إلزامياً ووجوباً شرعياً ، كما أن نهيه يُحدث حرمة شرعية ، فيجب على المكلف الالتزام به ، ويأثم

---

(١) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٤٠٦/١.

(٢) الشرواني،حواشي الشرواني، ٧١/٣-٧٢.

(٣) الخفيف ، الملكية ، ص ١١٢.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

بمخالفته فعلاً أو تركاً ، وبهذا تمتاز مقررات السياسة الشرعية على المقررات الوضعية ، حيث إن المكلف يُؤدي ما أُلزِم به بدافع الامتثال والطاعة ديانة[1].

وأما إذا لم يكن تقييد ولي الأمر للمباح موافقاً للمصلحة العامة ، بأن كان الباعث عليه الهوى والتشهي ، أو كان استجابة لضغوط خارجية واتفاقيات دولية لا مصلحة للمسلمين في الالتزام بها ، أو لم يُلتزم في التقييد بالقواعد الشرعية التي يجب مراعاتها في ذلك ، أو لم يُرجع في التقييد إلى أهل الخبرة والاختصاص من أهل الاجتهاد ، أو غير ذلك من الأمور التي تُخرج هذا التصرف من دائرة الصحة إلى دائرة البطلان ، فهل تجب طاعة ولي الأمر في ذلك التقييد والحالة هذه ؟ .

عرفنا مما سبق أن كل تصرف من ولي الأمر لا تُراعى فيه المصلحة العامة يعتبر تصرفاً باطلاً ، وأن التصرف الباطل هو التصرف الذي لا تترتب عليه آثاره الشرعية .

وعلى هذا فالأصل عدم وجوب طاعة ولي الأمر في الإلزام بتقييد المباح إذا لم يكن التقييد مشروعاً ، لعدم وجوب طاعته في غير المعروف ، فالتصرف الباطل لا يكون واجب الطاعة على الرعية ولا ملزماً لها ديانة .

غير أن الفقهاء قرّروا أنه إذا ترتّب على عدم طاعة ولي الأمر في التصرف الباطل مفاسد تربو كثيراً على مفاسد الطاعة ، فإن ذلك يقتضي الطاعة في الظاهر دون الباطن .

جاء عند الشافعية : « وإن أمر ولي الأمر بمباح ليس فيه مصلحة عامة ، وجب ظاهراً فقط»[2].

ويقول الألوسي : « وهل تجب طاعة ولي الأمر في المباح ؟...، قال بعضهم : الذي يظهر أن ما أمر به مما ليس فيه مصلحة عامة ، لا يجب امتثاله إلا ظاهراً فقط ، بخلاف ما فيه ذلك ، فإنه يجب باطناً أيضاً »[3].

---

(١) ينظر: مدكور، نظرية الإباحة، ص٣٣٩.

(٢) الشرواني، حواشي الشرواني، ٧١/٣، البجيرمي، حاشية البجيرمي، ٤٣٩/١.

(٣) الألوسي، روح المعاني، ٦٦/٥.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

وفي هذا المعنى يقول الشيخ محمد مدكور : « أما المباح الذي يأمر ولي الأمر بفعله أو تركه، ولم تتبيّن في الأمر به مصلحة ، ولا في النهي عنه دفع مضرة ، فإنه واجب الطاعة ظاهراً فقط »[1].

وعلى ذلك فإن طاعة ولي الأمر في هذه الحالة ظاهراً إنما هو من باب اختيار أخفّ الضررين وأيسرهما ، ذلك أن عدم طاعته يؤدي إلى اضطراب الأحوال داخل المجتمع الإسلامي ، ولا شكّ أن مفسدة ذلك أعظم من مفسدة طاعته .

ولا يعني ذلك قبول الرعية لهذا التصرف الباطل مطلقاً ، بل يجب عليهم السعي لإلغاء كل تشريع مخالف للشريعة ، وإلغاء ما يترتب عليه من آثار ، وذلك عن طريق الهيئات التي تملك سلطة إلغاء القوانين والأنظمة المُخالِفة للشريعة كالمحاكم الدستورية أو الرقابة القضائية .

الفرع الثالث : أثر مخالفة إلزام ولي الأمر بتقييد المباح :

إذا تقرّر أنّ أَمْر ولي الأمر يُنتج وجوباً شرعياً ، وأن نهيه يُحدث حرمة شرعية ، فإن مخالفة إلزام ولي الأمر بتقييد المباح إذا كان التقييد صحيحاً مشروعاً ، يُعرض صاحبه للعقوبة الأخروية والعقوبة الدنيوية .

أولاً : العقوبة الأخروية :

إذا كانت طاعة ولي الأمر فيما تجوز طاعته فيه واجباً شرعياً يُثاب المسلم عليه ،؛ لأن في ذلك امتثالاً لأمر الله تعالى وأمر رسوله ﷺ : ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَطِيعُواْ ٱللَّهَ وَأَطِيعُواْ ٱلرَّسُولَ وَأُوْلِى ٱلْأَمْرِ مِنكُمْ ﴾[2]، فإن مخالفته وعدم طاعته تُعَدّ مخالفة شرعية يأثم المكلف عليها ؛ لمخالفته أمر الله تعالى وأمر رسوله ﷺ ، يقول تعالى : ﴿ تِلْكَ حُدُودُ ٱللَّهِ ۚ وَمَن يُطِعِ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ يُدْخِلْهُ جَنَّـٰتٍ

---

(١) مدكور، نظرية الإباحة، ص٣٤٣.

(٢) سورة النساء:الآية (٥٩).

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

تَجْرِي مِن تَحْتِهَا ٱلْأَنْهَٰرُ خَٰلِدِينَ فِيهَا ۚ وَذَٰلِكَ ٱلْفَوْزُ ٱلْعَظِيمُ ﴿١٣﴾ وَمَن يَعْصِ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ وَيَتَعَدَّ حُدُودَهُۥ يُدْخِلْهُ نَارًا خَٰلِدًا فِيهَا وَلَهُۥ عَذَابٌ مُّهِينٌ ﴾[1].

ثانياً : العقوبة الدنيوية :

قرّر الفقهاء أن مخالفة ولي الأمر فيما ألزم به من تقييد للمباح جريمة يستحق صاحبها عقوبة دنيوية ، يقول الشيخ محمد أبو زهرة : « وإن بعض المباحات قد تُقيّد لمصلحة تقتضي التقييد ، وفي هذه الحالة تعتبر المخالفة جريمة يجوز فيها تقدير عقاب »[2].

فولي الأمر إذا حرّم إتيان أفعال معينة ، أو أوجب إتيان أفعال معينة ، له أن يُعاقب على مخالفة الأمر الذي حرّم الفعل أو أوجبه ، لأن المخالفة حينئذ معصية شرعية ، ومُرتكب المعصية يستحق عقوبة تردعه عن الوقوع في المعصية مرة أخرى ، ويؤكد هذا المعنى الشيخ أبو زهرة بقوله : « إن ولي الأمر عندما تُوجب المصلحة عليه أن يُقيّد أمراً كان في أصله مباحاً يُعاقب من يخرج عليه ، هو في الحقيقة لا يُعاقب حينئذ على مباح ، إنما يُعاقب على محرم ، ويعاقب ولي الأمر من ارتكب محرماً ، فيكون العقاب على معصية لا على مباح ، إذ وصف الإباحة قد زال عنه »[3].

وبما أن هذه المخالفة ليست من المخالفات التي نصّ الشرع على العقوبة المقرّرة فيها ، فإن العقوبة المناسبة لها هي ما يُسمَّي في التشريع الإسلامي بالتعزير .

ذلك أن التعزير هو : « عقوبة على جرائم لم تضع الشريعة لها عقوبة مقدرة »[4] .

فقد فوّضت الشريعة الإسلامية لولي الأمر تقرير بعض الجرائم المُستجِدّة التي يرى أنها تستحق إيقاع عقوبة على مُرتكبها ، وإن لم يرد ذكر هذه الجرائم في النصوص الشرعية ، ذلك أن

---

(١) سورة النساء : الاية (١٣-١٤) .

(٢) أبو زهرة ، الجريمة ، ص : ١٩٣ .

(٣) أبو زهرة ، الجريمة ، ص : ٢٨٢ . بتصرف يسير .

(٤) عودة ، عبدالقادر ، التشريع الجنائي الإسلامي ، بيروت – لبنان ، مؤسسة الرسالة ، ط٨ ، ١٤٠٦هـ -١٩٨٦م ، ٦٨٥/١ .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

الجرائم والمخالفات تختلف من عصر إلى عصر ، ومن مكان إلى مكان آخر ، وهذا ما يستدعي ترك الحرية لولي الأمر في تقدير العقوبة المناسبة للجرائم المستجدة .

وفي هذا المعنى يقول عبدالقادر عودة : « لم تنصّ الشريعة على كل جرائم التعزير ، ولم تحددها بشكل لا يقبل الزيادة والنقصان ، كما فعلت في جرائم الحدود[1] ، وجرائم القصاص[2] ، وإنما نصّت على ما تراه من هذه الجرائم ضارّاً بصفة دائمة بمصلحة الأفراد والجماعة والنظام العام ، وتركت لولي الأمر أن يُحرِّم ما تقتضي الظروف أنه ضارّ بصالح الجماعة أو أمنها أو نظامها ، أو يوجب ما تقتضي المصلحة إيجابه ، ويُعاقب على مخالفة ذلك ، بشرط أن يكون التحريم والإيجاب متفقاً مع نصوص الشريعة ومبادئها العامة وروحها التشريعية »[3] .

ويؤكد الأستاذ مصطفى الزرقا على الحكمة من تفويض ولي الأمر في تقرير جرائم التعزير فيقول : « والنظر الشرعي في ذلك أن الجرائم لا تنحصر ، وقد يجدّ منها أنواع لم تكن معهودة من قبل ، والجريمة الواحدة المعهودة قد تحدث لها صور وأساليب تستدعي تدابير في قمعها ، فلذلك تناول الشرع بالتخصيص من تلك الجرائم الشائعة ما هي أشدّ إخلالاً بنظام الإسلام الاجتماعي الأساسي ، وهي موجبات الحدود فقدّر عقوبتها ، وترك ما وراءها مفوّضاً ترتيبه وتقديره لولي الأمر ، يقدرونه في كل جريمة بحسبها ، تبعاً لاختلاف الأزمنة والأمكنة والأشخاص ودرجة التهذيب الاجتماعي »[4] .

---

(١) الحد : « هو عقوبة مقدرة شرعاً وجبت حقاً لله تعالى » ، ومعنى أن العقوبة مقدرة : أن الشارع عيّن نوعها وحدد مقدارها، ولم يترك اختيارها أو تقديرها لولي الأمر أو القاضي ، ومعنى أن العقوبة مقررة حقاً لله تعالى: أنها مقررة لصالح الجماعة وحماية نظامها، والفقهاء حينما ينسبون العقوبة لله جل شأنه، يعنون بذلك أنها لا تقبل الإسقاط لا من الأفراد ولا من الجماعة ، والجرائم التي أوجب الشرع فيها الحد هي : الردة ، والزنا ، وشرب الخمر ، والسرقة ، وقطع الطريق ، والقذف ، والبغي على خلاف فيه ، ينظر : عامر ، عبدالعزيز ، التعزير في الشريعة الإسلامية ، القاهرة – مصر ، دار الفكر العربي ، ص : ١٣ ، أبو زهرة ، الجريمة ، ص : ٦١ .

(٢) القصاص : « عقوبة مقدرة تجب حقاً للعبد » ، والجرائم التي أوجب الشرع فيها القصاص هي : القتل العمد ، وبعض جرائم الاعتداء على البدن ، ينظر : عامر ، التعزير ، ص : ٣٨ ، أبو زهرة ، الجريمة ، ص : ٩٧ .

(٣) عودة ، التشريع الجنائي ، ١/١٢٧- ١٢٨، بتصرف يسير .

(٤) الزرقا، المدخل الفقهي العام، ٢/٦٨٩.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

ويُمكن أن يُستدلّ على جواز تعزير ولي الأمر من خالف أمره المُقيّد للمباح بفعل عمر بن الخطاب ﷺ ، فعن ابن عمر ﷺ : « كان عُمر يأتي مجزرة الزبير بن العوام بالبقيع ، ولم يكن بالمدينة مجزرة غيرها ، فيأتي معه بالدِّرّة ، فإذا رأى رجلاً اشترى لحماً مرتين ضربه بالدِّرّة ، وقال له : ألا طويت بطنك »[1] .

وينبغي الإشارة إلى أن ولي الأمر إذا أصدر قانوناً يُقيّد به بعض المباحات إيجاباً أو منعاً ، فإنه يجب عليه في هذه الحال أن يُعلِن ذلك التقييد في الناس حتى يكونوا على علم به ، فلايبقى لأحدهم عذر في المخالفة ، فقد روى إبراهيم النخعي : « أن عمر بن الخطاب ﷺ نهى الرجال أن يطوفوا مع النساء ، فرأى رجلاً يصلي مع النساء فضربه بالدرة ، فقال الرجل : والله لئن كنت أحسنت لقد ظلمتني ، وإن كنت أسأت فما أعلمتني ، فقال عمر : أما شهدت عزمتي ، قال ما شهدت لك عزمة ، فألقى إليه الدرة وقال : اقتص ، قال : لا أقتص اليوم ، قال فاعف ، قال : لا أعفو ، فافترقا على ذلك ، ثم لقيه من الغد فتغير لون عمر ، فقال له الرجل : يا أمير المؤمنين أرى ما كان مني قد أسرع فيك ، قال : أجل ، قال : فأشهدك أني قد عفوت عنك »[2] .

يقول الشيخ أبو زهرة : « فهذا الأثر يدل على أنه في الأمور التي يرى ولي الأمر منعها أو إيجابها ، وتكون في أصلها غير ممنوعة أو واجبة في أصل الشرع ، يكون من الواجب على ولي الأمر قبل أن يُنزل العقاب على من يُخالف الأمر ، أن يُعلنه إعلاناً كافياً لكي يصل إلى كل المكلفين ، ولذا اعتبر عمر بن الخطاب ﷺ نفسه متعدياً ، إذ تبيّن أن من علاه بالدرة كان غير عالم

---

(١) سبق تخريجه ، ص٩٦ .

(٢) الفاكهي ، محمد بن إسحاق ، أخبار مكة في قديم الدهر وحديثه ، تحقيق: د. عبد الملك عبد الله دهيش ، بيروت –لبنان ، دار خضر ، ط٢ ، ١٤١٤هـ ، ١/٢٥٢-٢٥٣ .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

بالنهي ، وبذلك يتحقق أنه لا جريمة إلا بنص ، بحيث لا يكون ثمّة مجال لارتياب مرتاب ولا لاعتذار معتذر»[1] .

ثالثاً : الأنواع الجائزة في عقوبات التعزير :

إن ولي الأمر في تقريره للعقوبات الزاجرة للجرائم التعزيرية ، ليست إرادته مطلقة ولا تحكمية ، وإنما هي مقيّدة بقيود بيّنتها الشريعة وحدّدتها ، « فلابدّ إذن أن يكون ما يسنّه ولي الأمر من عقوبات في التعزير مقيّداً بالأمور التالية :

١-أن يكون الباعث على العقاب حماية المصالح الإسلامية المقرّرة الثابتة .

٢-أن تكون العقوبة ناجعة في القضاء على الفساد ، وألا يترتّب عليها فساد أشدّ.

٣-أن تكون ثمة مناسبة بين الجريمة والعقوبة ، وألا يكون هناك إسراف أو إهمال في العقاب»(٢) .

وبناء على هذا فقد قرّرت الشريعة مجموعة من العقوبات غير المقدرة ، تبدأ بأخف العقوبات كالنصح والإنذار ، وتنتهي بأشدّها كالحبس والجلد ، بل قد تصل للقتل في بعض الجرائم الخطيرة ، يختار منها القاضي العقوبة الملائمة للجريمة وحال المجرم ونفسيته وسوابقه .

وقد قسّم الفقهاء أنواع العقوبات التعزيرية إلى أقسام[3] :

١ – العقوبات البدنية : كالقتل ، والضرب ، والجلد ، ونحوها .

٢ – العقوبات المالية : كالغرامة ، والمصادرة ، والإتلاف .

٣ – العقوبات النفسية : كالتشهير ، والتوبيخ ، والهجر .

٤ – العقوبات المقيدة للحرية : كالسجن ، والنفي .

---

(١) أبو زهرة ، الجريمة ، ص : ١٩٨ .

(٢) أبو زهرة ، الجريمة ، ص : ٥٨ .

(٣) عامر ، التعزير ، ص : ٣٠٤ . الموسوعة الفقهية الكويتية ، ١٢/ ٢٦٣ .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

وليس معنى تقرير الفقهاء لبعض العقوبات التعزيرية أنه لا يحق لولي الأمر أن يعزِّر بغيرها ، ذلك أن تقدير الفقهاء لبعض العقوبات التعزيرية إنما هو من قبيل إنارة الطريق لولي الأمر ، وليس تحديداً إلزامياً يُلزم به ولي الأمر ، فإن حق التقدير في التعزير عائد شرعاً إليه بحسب المصلحة الزمنية .

ويؤكد عبدالقادر عودة هذا المعنى فيقول : « وإذا كانت الشريعة عرفت عقوبات تعزيرية معينة، فليس معنى ذلك أنها لا تقبل غيرها ، بل إن الشريعة تتسع لكل عقوبة تُصلح الجاني وتؤدبه ، فكلّ عقوبة تؤدي إلى تأديب المجرم واستصلاحه وزجر غيره هي عقوبة مشروعة »[1] .

وعلى ذلك يحق لولي الأمر أن يضع بعض العقوبات التعزيرية على من خالف أمره في تقييد المباح إيجاباً أو منعاً ، بشرط ألا تخرج هذه العقوبة عن قواعد الشريعة وحدودها .

هل يحق لولي الأمر التعزير بإبطال العقد ؟

ذكر الأستاذ مصطفى الزرقا أن الفقهاء قرّروا أن ولي الأمر إذا أصدر أمراً بمنع بعض العقود التي تكون في أصلها جائزة شرعاً لمصلحة معينة ، فإن مخالفة هذا الأمر تقلب صفة العقد من الصحة إلى البطلان ، وفي ذلك يقول : « ونصوص الفقهاء تفيد أن ولي الأمر إذا أمر بأمر ، كان أمره واجب الاحترام والتنفيذ شرعاً ، فلو منع بعض العقود لمصلحة طارئة واجبة الرعاية ، وقد كانت تلك العقود جائزة شرعاً ، فإنها تصبح بمقتضى منعه باطلة أو موقوفة على حسب الأمر »[2].

ويقول أيضاً : « فأنت ترى أن الأمر والمنع السلطاني بحسب المصلحة يقلب صفة العقد الصحيح النافذ في أصل الشرع ، فيصبح باطلاً أو موقوفاً في النظر الشرعي نفسه ، بمقتضى هذا المنع من ولي الأمر »[3].

---

(١) عودة ، التشريع الجنائي ، ٦٨٦/١ .

(٢) الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، ٢١٥/١.

(٣) الزرقا، المدخل الفقهي العام، ٢١٩/١.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

وقد مثّل الشيخ الزرقا لذلك بصدور القوانين التي توجب تسجيل العقود العقارية ، والتي تقضي باعتبار ما يُعقد من هذه العقود دون تسجيل في المكتب العقاري باطلاً ، وأن هذه العقود تُعتبر أيضاً في النظر الشرعي باطلة لمخالفتها ما صدر عن ولي الأمر ، وهو بذلك يُنكر على من يرى أو يُفتي أن هذه العقود المخالِفة لأمر ولي الأمر صحيحة ونافذة شرعاً ، وأنه يجب تنفيذها ديانة وإن كانت باطلة في النظر القانوني ، بحجة أن الشرع لم يشترط في شيء من هذه العقود تسجيلاً ، وإنما اكتفى بالإيجاب والقبول اللفظيين .

وقد أشار بعد ذلك أن هذا المبدأ الذي قرّره الفقهاء له تأثير كبير في كثير من الأحكام ، بغضِّ النظر عن الموضوع الذي ورد فيه هذا المبدأ[1] .

(١) ينظر : الزرقا، المدخل الفقهي العام، ١/٢١٩- ٢٢٠ .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

الفصل الثاني

الدراسة التطبيقية لتقييد المباح والإلزام به في فقه الأحوال الشخصية

المبحث الأول : تقييد المباح في عقد الزواج وآثاره .

المبحث الثاني : تقييد المباح في الطلاق وآثاره

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

المبحث الأول

تقييد المباح في عقد الزواج وآثاره .

وفيه خمسة مطالب :

المطلب الأول : تحديد أهلية الزواج بالسنّ .

المطلب الثاني : توثيق عقد الزواج .

المطلب الثالث : الإلزام بالفحص الطبي قبل الزواج .

المطلب الرابع : تحديد الحدّ الأعلى للمهر .

المطلب الخامس : تقييد تعدد الزوجات .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

المطلب الأول

تحديد أهلية الزواج بالسنّ

تمهيد : الأهلية وأقسامها :

أولاً: تعريف الأهلية :

الأهلية في اللغة : مؤنث الأهلي ، والأهلي : المنسوب إلى الأهل ، والأهلية للأمر : الصلاحية له ، يُقال : فلان أهل للرئاسة ، أَي جدير بها وصالح لها[1] .

وعلى هذا فالأهلية في اللغة تُستعمل بمعنى الجدارة والكفاءة والصلاحية .

أما الأهلية في الاصطلاح : فقد عرّفها الأستاذ مصطفى الزرقا بأنها : « صفة يُقدّرها الشرع في الشخص تجعله محلاً صالحاً لخطاب تشريعي »[2].

ثانياً : أقسام الأهلية :

وقد قسّم الفقهاء الأهلية قسمين : أهلية الوجوب ، وأهلية الأداء.

فأهلية الوجوب هي : « صلاحية الشخص لثبوت الحقوق له وعليه »[3].

وأهلية الأداء : « صلاحية الشخص لممارسة التصرفات التي يتوقف اعتبارها الشرعي على العقل »[4].

والقسم الثاني هو المراد في هذا البحث.

وعلى هذا فالمقصود بأهلية الشخص للزواج : تمتعه بالصفات التي تسوغ له شرعاً مباشرة عقد الزواج .

---

(١) ينظر: ابن منظور، لسان العرب، (أهل) ٣٠/١١، أنيس ورفاقه، المعجم الوسيط، (أهل) ٣٢/١.

(٢) الزرقا، المدخل الفقهي العام، ٣٧٨/٢.

(٣) الزرقا، المصدر السابق، ٧٨٥/٢.

(٤) الزرقا، المصدر السابق، ٧٨٦/٢.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

الفرع الأول : الموقف الفقهي والقانوني من تحديد أهلية الزواج بالسن :

أولاً : الرأي الفقهي في تحديد أهلية الزواج :

لا نجد في كتاب الله تعالى ولا في سنة نبيّه ﷺ تحديداً لأهلية الزواج بسنّ معينة ، فلم يأت في الشرع ما يدل على تحديد سن الزواج للذكر والأنثى ، ابتداء وانتهاء ، والدليل على ذلك ما يلي :

١- قول الله عزّ وجلّ: ﴿ وَٱلَّٰٓـِٔي يَئِسۡنَ مِنَ ٱلۡمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمۡ إِنِ ٱرۡتَبۡتُمۡ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَٰثَةُ أَشۡهُرٖ وَٱلَّٰٓـِٔي لَمۡ يَحِضۡنَۚ ﴾[١].

ففي هذه الآية بيان أن عدة المطلقة التي لم تحض ثلاثة أشهر ، ومعلوم أن العدة لا تكون إلا بعد طلاق أو وفاة ، فدلّ ذلك على صحة زواج الصغيرات شرعاً[٢].

قال الشوكاني في تفسير قوله تعالى : ﴿وَٱلَّٰٓـِٔي لَمۡ يَحِضۡنَۚ﴾ « أي لصغرهن وعدم بلوغهن سن المحيض ، فعدتهن ثلاثة أشهر ، وحذف هذا لدلالة ما قبله عليه »[٣].

٢- عن عائشة ﵂ قالت : « تزوجني رسول الله ﷺ لِستّ سنين ؛ وبنى بي وأنا بنت تسع سنين...»[٤].

قال القاضي عياض : « وحديث عائشة ﵂ هذا أصل في تزويج الصغار »[٥].

---

(١) سورة الطلاق: الآية (٤).

(٢) ينظر: القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ١٨/١٦٥.

(٣) الشوكاني، محمد بن علي، فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير، بيروت – لبنان، دار الفكر، ٥/٢٤٢.

(٤) البخاري، صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب من بنى بامرأة وهي بنت تسع سنين ، ح(٤٨٦٣) مسلم ، صحيح مسلم، كتاب النكاح ، باب تزويج الأب البكر الصغيرة ، ح(١٤٢٢) .

(٥) القاضي عياض، عياض بن موسى ، إكمال المعلم بفوائد مسلم ، المنصورة – مصر، دار الوفاء، ط١، ١٤١٩هـ-١٩٩٨م، ٤/٥٧٢.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

٣- عن ابن مسعود ﷺ أن رسول الله ﷺ قال : « يا معشر الشباب من استطاع الباءة[١] فليتزوج ؛ فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج ، ومن لم يستطع فعليه بالصوم ؛ فإنه له وِجاء[٢] »[٣].

قال النووي : « والشاب اسم لمن بلغ إلى أن يكمل ثلاثين سنة »[٤]، وفي الحديث أمر من النبي ﷺ للشباب القادر على الزواج بالزواج ، وأقل ما يُحمل عليه الأمر الندب والاستحباب ، فدلّ ذلك على استحباب الزواج لمن جاوز البلوغ .

٤-اتفاق جمهور الفقهاء على جواز تزويج الولي للصغير ، ذكراً كان أو أنثى[٥] ، وعلى استحباب الزواج بعد البلوغ ، كما نقل ذلك النووي[٦]، وابن رشد[٧]، وغيرهما .

غير أنه ينبغي التنبيه على أن مراد الفقهاء بإباحة زواج الصغير هو العقد ، أما البناء والدخول فهو متوقف على القدرة والطاقة ، لاختلافه من شخص إلى آخر ، ومن بيئة إلى بيئة أخرى ، يقول ابن بطال المالكي : « أجمع العلماء على أنه يجوز للآباء تزويج الصغار من بناتهم ، إلا أنه لا يجوز لأزواجهن البناء بهن إلا إذا صلحن للوطء واحتملن الرجال ، وأحوالهن تختلف في ذلك على قدر

---

(١) اختلف العلماء في المراد بالباءة في هذا الحديث على قولين يرجعان إلى معنى واحد ، أحدهما : أن المراد به الجماع، والثاني: أن المراد به مؤن النكاح ، ينظر: ابن حجر، فتح الباري ، ١٠٨/٩.

(٢) الوِجاء بكسر الواو وبالمد في الأصل رضّ الخصيتين ، والمراد هنا : أن الصوم يقطع الشهوة ويقطع شر المني كما يفعله الوجاء ، ينظر : النووي، شرح صحيح مسلم، ١٧٣/٩.

(٣) البخاري، صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب من لم يستطع الباءة فليصم، ح(٤٧٧٩) مسلم، صحيح مسلم، كتاب النكاح، باب استحباب النكاح ...، ح(١٤٠٠).

(٤) النووي، شرح صحيح مسلم، ١٧٣/٩.

(٥) ذهب ابن شُبْرُمة وأبو بكر الأصم إلى أنه لا ولاية لأحد في تزويج الصغير أو الصغيرة ؛ لأنهما لا حاجة بهما إلى النكاح ، ولأن مقصود النكاح طبعاً هو قضاء الشهوة ، وشرعاً النسل ، والصغر ينافي هذين المقصودين ، وقالوا : إن زواج النبي ﷺ بعائشة ﷺ وهي دون البلوغ هو من خصائصه ﷺ ، وذهب ابن حزم إلى أنه للأب أن يزوج ابنته الصغيرة دون الابن الصغير، وذكر ابن حزم أن هناك من منع تزويج الصغير، ومنهم سفيان الثوري، ينظر: ابن حزم، المحلى، ٤٥٨/٩-٤٦٣.

(٦) النووي، المصدر السابق، ١٧٣/٩.

(٧) ابن رشد ، محمد بن أحمد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، بيروت – لبنان، دار الفكر، ٥/٢.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

خلْقهن وطاقتهن »[1]، وقال النووي : « وأما وقت زفاف الصغيرة المُزوَّجة والدخول بها ، فالصحيح أن حدّ ذلك أن تطيق الجماع ، ويختلف ذلك باختلافهن ، ولا يُضبط بسنّ ، وليس في حديث عائشة تحديد ، ولا المنع من ذلك فيمن أطاقته قبل تسع ، ولا الإذن فيه لمن لم تطقه وقد بلغت تسعاً »[2].

المصالح الشرعية من عدم التحديد :

وقد ذكر الفقهاء أن عدم تحديد الشرع لسن معينة للزواج يرجع إلى تحقيق مصالح عديدة إضافة إلى المصالح العامة للزواج .

فمن مصالح الزواج قبل البلوغ[3] التي ذكروها :

١- الحرص على الزوج الكفء الذي قد لا يتوافر في كل وقت ، وفي هذا المعنى يقول السرخسي :« والمعنى فيه ـ أي في نكاح الصغير والصغيرة ـ أن النكاح من جملة المصالح وضعاً في حق الذكور والإناث جميعاً ، وهو يشتمل على أغراض ومقاصد لا تتوفر إلا بين الأكفاء ، والكفء لا يتفق في كل وقت ، فكانت الحاجة ماسّة إلى إثبات الولاية على الصغير ؛ لأنه لو انتظر البلوغ لفات الكفء ، وقد لا يوجد مثله »[4].

٢-رغبة أحد الأولياء أو كليهما في ربط أسرتيهما برباط المصاهرة .

ومن أجل تحقيق هذه المصالح المباحة جعل الشرع للولي سلطة إبرام عقد الزواج للصغير.

---

(١) ابن بطال، علي بن خلف، شرح صحيح البخاري ، علّق عليه: أبو تميم ياسر بن إبراهيم، الرياض – السعودية، دار الرشد، ط١، ١٤٢٠هـ-٢٠٠٠م، ٧/١٧٢-١٧٣.

(٢) النووي، شرح صحيح مسلم، ٩/٢٠٦.

(٣) يُعرف البلوغ بالعلامات الدالة عليه ، وهي خمسة أمور ، اثنان خاصان بالأنثى وهما: مجيء الحيض، وحدوث الحمل ، وثلاث مشتركة بين الذكر والأنثى ، وهي إنبات الشعر، والاحتلام، وإكمال خمس عشرة سنة ، وفي الأخير خلاف، فقيل: ثمان عشرة سنة للذكر والأنثى ، ينظر: السرخسي، شمس الدين أبو بكر محمد بن أبي سهل، المبسوط ، بيروت – لبنان، دار المعرفة ، ٦/٥٣، الدردير، الشرح الكبير، ٣/٢٩٣، الغزالي، محمد بن محمد، الوسيط في المذهب، تحقيق أحمد إبراهيم، محمد تامر، القاهرة – مصر، دار السلام، ط١، ١٤١٧هـ، ٤/٤٠، ابن قدامة، المغني، ٤/٢٩٧.

(٤) السرخسي، المبسوط ، ٤/٢١٢-٢١٣.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

وأما مصالح الزواج بعد البلوغ فعديدة[1] ، نذكر منها :

١- إشباع الغريزة الجنسية عن طريق الحلال ، وفي ذلك قطع لدواعي إشباعها بالحرام ، وهو ما أرشد إليه النبي ﷺ بقوله : « فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج »[2].

٢- في الزواج المبكر تخفيف لنسبة كبيرة من الانحراف والفساد الخلقي ، حيث إن تأخير الزواج بعد البلوغ قد يؤدي إلى فساد الأخلاق نتيجة لعدم الإشباع الجنسي ، إضافة إلى أن عدم إشباع الغريزة الجنسية إشباعاً كاملاً يؤدي إلى مضارّ صحية على الجسم والعقل ، خاصة مع انتشار التبرج والعري في كثير المجتمعات .

٣-تحقيق الاستقرار النفسي عند الشاب والشابة بالزواج المبكر.

ثانياً : تحديد أهلية الزواج في قوانين الأحوال الشخصية :

إذا كان الشرع لم يرد فيه ما يُحدد أهلية الزواج بسنٍّ معينة ، فإن معظم قوانين الأحوال الشخصية قد قيّدت أهلية الزواج ببلوغ الزوجين سنّاً معينة ، مع اختلاف بين هذه القوانين في السنّ المحددة ، وبيان ذلك كالتالي :

حدّدت قوانين الأحوال الشخصية في كل من : الأردن ، والإمارات ، والمغرب ، أهلية الشخص للزواج بسن الثامنة عشر ، فقد جاء في المادة العاشرة من قانون الأحوال الشخصية الأردني : « يشترط في أهلية الزواج أن يكون الخاطب والمخطوبة عاقلين ، وأن يتمّ كل منهما ثمانية عشرة سنة شمسية من عمره » ، وجاء في المادة (١٩) من مدونة الأسرة المغربية : « تكتمل أهلية الزواج بإتمام الفتى والفتاة المتمتعين بقواهما العقلية ثمان عشرة سنة شمسية » ، وجاء في المادة (٣٠) من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي : « ١- تكتمل أهلية الزواج بالعقل والبلوغ ، وسن

---

(١) ينظر: الشتري، عبد الرحمن بن سعد ، حكم تقنين منع تزويج الصغيرات وتحديد سن الزواج ، الفيوم- مصر، دار الفلاح ، ١٤٣١هـ-٢٠١٠م ، ص: ٤٦-٤٧، الصابوني، محمد علي، الزواج الإسلامي المبكر، دمشق – سوريا، دار القلم، ط١، ١٤١١هـ-١٩٩١م، ص٣٧.

(٢) سبق تخريجه ص ١٥٨ .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

البلوغ تمام الثامنة عشر من العمر لمن لم يبلغ شرعاً قبل ذلك . ٢- لا يتزوج من بلغ ولم يكمل الثامنة عشرة من عمره إلا بإذن القاضي بعد التحقق من المصلحة ».

غير أن قانون الأحوال الشخصية الإماراتي خالف القانون الأردني والمغربي باحتساب أهلية الزواج بالسنة القمرية دون السنة الشمسية كما ورد في المادة (٣) من القانون .

أما قانون الأسرة الجزائري فقد حدّد سن الزواج بسن التاسعة عشر ، حيث جاء في المادة السابعة منه : « تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام ١٩ سنة ».

وأما قانون الزواج والطلاق الليبي فقد حدّد أهلية الزواج بسن العشرين ، فقد جاء في المادة السادسة : « تكمل أهلية الزواج ببلوغ سن العشرين » .

ويُلاحظ على هذه القوانين جملة ملاحظات ، منها :

١-عدم التفريق بين الذكر والأنثى في سن الزواج ، فلم تُفرق أَيٌّ من هذه القوانين بين أهلية الذكر وأهلية الأنثى للزواج .

٢-اتفقت جميع هذه القوانين على أنه يحق للقاضي أن يأذن بتزويج من رغب بالزواج من الذكور والإناث ممن لم يبلغ السن المحددة في القانون ، بشرط أن يتحقق القاضي من وجود المصلحة من هذا الزواج ، واشترط القانون الأردني في هذا الإذن ألا ينزل العمر عن الخامسة عشر .

٣-عدم تعرض هذه القوانين لبيان الأثر الذي يترتب على مخالفة أحد الزوجين للسنّ المحددة دون أخذ إذن من القاضي ، باستثناء القانون الأردني الذي نصّ على فساد العقد إذا كان أحد الزوجين لم يبلغ السن المقررة ، فجاء في المادة (٣١) من القانون:« الحالات التي يكون عقد الزواج فيها فاسداً : ... ز - إذا كان العاقدان أو أحدهما غير حائز على شروط الأهلية حين العقد »، والزواج الفاسد يجب التفريق فيه بين الزوجين كما جاء في المادة الخامسة والثلاثين ، إلا إذا حملت الزوجة الصغيرة أو ولدت فلا تُسمع دعوى فساد الزواج .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

ومما سبق يتبيّن أن هذه القوانين قيّدت ما أباحه الشرع ، حيث منعت الزواج قبل البلوغ ، ومنعت أيضاً الزواج بعد البلوغ إلا بعد تمام السن المحددة في القانون ، وبذلك تكون هذه القوانين قد قيّدت أمرين: أحدهما مباح ، وهو الزواج قبل البلوغ ، والثاني: مستحب ، وهو الزواج بعد البلوغ.

الفرع الثاني : أسباب تقييد سن الزواج ومناقشتها :

أولاً : أسباب تقييد إباحة الزواج بسن معينة :

ورد في بعض المذكرات الإيضاحية لهذه القوانين ، وعند بعض شرّاحها ، وكذلك عند بعض من أيّدوا هذه الفكرة ، جملة من الأسباب التي دعت إلى التقييد ، وتتلخص هذه الأسباب في سببين رئيسيين : السبب الأول : المخاطر الاجتماعية للزواج المبكر ، والثاني : المضار الصحية لهذا الزواج ، جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع مدونة الأسرة المغربية أن تحديد سن أهلية الزواج جاء « اعتماداً على ما يثبت من الأخطار الاجتماعية والصحية التي تنتج عن الزواج المبكر سواء في الإناث أو الذكور »[1].

السبب الأول : المخاطر الاجتماعية للزواج المبكر :

يرى بعض مؤيدي تحديد سن الزواج أن من أهم الأسباب التي دعت إلى هذا التحديد هو المخاطر الاجتماعية العديدة للزواج المبكر ، ومن أبرز هذه المخاطر ، تحمّل الزوج أو الزوجة مسؤولية اجتماعية قد تكون أكبر من أن يستطيعا تحملها ؛ فنظراً لأهمية عقد الزواج في الحياة الاجتماعية ، وتطور الأحوال في المجتمع تطوراً سريعاً ، جعل الفتى والفتاة غير مؤهلين لتحمل المسؤوليات الزوجية قبل السن المحددة[2].

---

(١) العراقي، حماد، شرح قانون الزواج المغربي، الدار البيضاء – المغرب، المطبعة الملكية، ص٣٧.

(٢) ينظر: العالم، عبد السلام محمد، الزواج والطلاق في القانون الليبي، بنغازي – ليبيا، منشورات جامعة قاريونس، ط٢، ١٩٩٥م، ص٥٣.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

وذكر أصحاب هذا الرأي أن قولهم هذا ينبني على دراسة قام بها علماء الاجتماع أثبتت انعكاسات الزواج المبكر على الأسرة وجوداً واستقراراً واستمراراً ، حيث يؤدي إلى الضغوط النفسية ونفور الزوجين من بعضهما ، مما يؤدي إلى كثرة المشاكل الزوجية التي تؤدي في الغالب إلى الطلاق[1].

السبب الثاني : الأضرار الصحية للزواج المبكر :

أما الأضرار الصحية للزواج المبكر فتتمثل في الحمل المبكر ، وما يمكن أن يؤدي إليه هذا الحمل من زيادة نسبة التعرض لمضاعفات الحمل ، مثل فقر الدم أو ارتفاع ضغطه ، كما أن الولادة المبكرة قد تؤدي إلى زيادة نسبة الوفيات في الأطفال ، وتعسر الولادة، واللجوء إلى العمليات القيصرية ، بالإضافة إلى تأثير هذا الحمل على النمو الطبيعي لجسم المرأة ، إلى غير ذلك من المضار الصحية للزواج المبكر[2].

ثانياً: مناقشة الأسباب التي بُنيت عليها فكرة تحديد سن الزواج :

وقد نُوقش سببا تحديد سن الزواج بما يلي :

١-القول بأن الزواج المُبكر يترتب عليه بعض المخاطر الاجتماعية نتيجة لصغر الزوجين وعدم تأهلهما للقيام بأعباء الحياة الزوجية ، فإن هذا الكلام يبدو في الظاهر أنه صحيح ، حيث أصبح كل من الذكر والأنثى في عصرنا الحاضر لا يتأهلان للقيام بالمسؤولية الزوجية إلا في سن متأخرة ، نتيجة لتأخر النضج فيهما ، وهذا بخلاف ما كان عليه الناس من قبل ، حيث الفتاة والفتى ينضجان في سن مبكرة ، مما يجعلهما قادرين على تحمل أعباء الحياة الزوجية .

---

(١) ينظر: العمراني، عبد الرحمن، الاجتهاد الفقهي المعاصر في أحكام الأسرة، دبي – الإمارات، مركز جمعة الماجد، ط١، ١٤٢٠هـ-٢٠٠٩م، ص٢٩٦.

(٢) شبر، مي، الزواج المبكر بين مؤيد ومعارض، على شبكة الانترنت، ٢٠٠٥/١/٢م .www.amanjordan.org/a-news

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

ولكن علاج هذه المشكلة لا يكون بمنع الزواج المبكر ، حيث إن هذا المنع يُساهم في ترسيخ هذه النظرة في المجتمع ، بل العلاج يكون بالبحث عن الأسباب الرئيسية في تأخر النضج والوعي عند الشباب ، ولعلّ أهم الأسباب في ذلك ما يلي :

أ- النظام التعليمي المُتّبع في كثير من البلاد العربية المتأثرة بالدول الغربية ، حيث يسهم هذا النظام في تأخر النضج لدى الشباب عن طريق الزيادة غير المُبررة في سنوات الدراسة ، إضافة إلى أن المناهج التعليمية لا يتوفر في مادتها ما يؤهل الطلاب للتعامل مع الحياة الواقعية والزوجية .

يقول الدكتور عبد الكريم زيدان : « وقد آن الأوان لقيام ولاة الأمور بالعمل الجادّ لتشجيع الشباب على الزواج...، ومن أهم ما يمكنهم عمله : إصلاح نظام التعليم إصلاحاً جذرياً ، إذ ليس من المعقول ولا من المقبول جعل هذا النظام واحداً للإناث والذكور ، مما أدى ويؤدي إلى أن يقضي الفتى والفتاة ما يقرب من خمس وعشرين سنة قبل إكمال الدراسة، وهي فترة طويلة ، بالإضافة إلى ما يحصل في هذه الفترة من اختلاط بين الذكور والإناث ، مما قد يؤدي إلى الوقوع في الفاحشة... ، وهذا الإصلاح لنظام التعليم يسهم إلى حدّ كبير في تهيئة فرص الزواج ، وبالتالي حفظ الفتى والفتاة عفتهما ، والإسراع في تبوء المركز الطبيعي لهما في المجتمع »[1].

ب- الإعلام ، حيث يُسهم الإعلام في ترسيخ نظرة المجتمع الطفولية لكل من لم يتجاوز مرحلة المراهقة ، وبالتالي معاملته معاملة الأطفال .

وأما ادعاء أن الزواج المبكر يترتب عليه بعض المضارّ الصحية خاصة للمرأة الحامل، فإن هذا الادعاء مُعارض بمثله ، حيث أثبت كثير من الأطباء أن للزواج المبكر فوائد صحية عديدة ، فقد

---

(١) زيدان، عبد الكريم، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، بيروت – لبنان، مؤسسة الرسالة، ط١، ١٤١٣هـ-١٩٩٣م، ٦/٣٤-٣٥.
وقد اقترح الدكتور عبد الكريم نظاماً جديداً لتعليم المرأة يتكون من ثلاثة مراحل مع مراعاة الضوابط الشرعية في كل مرحلة ، ينظر: زيدان، المفصل، ٤/٢٥٣-٢٥٦.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

أكدت البحوث الطبية « أن إنجاب المرأة لأول طفل من أطفالها في سن مبكرة تحت العشرين هو أحد أهم وسائل الوقاية من سرطان الثدي»[1].

وأكدت هذه البحوث أيضاً أن حالات الحمل من (١٢ – ١٧) سنة تكون مشاكلها الصحية أقل من حالات الحمل من سنّ (٢٠-٢٥) ، وأن نسبة العمليات القيصرية والولادة المبكرة والتشوهات الخلقية ووفاة الجنين داخل الرحم تزداد جميعها نسبياً كلما زاد عمر الحامل[2].

وبهذا يثبت أن دعوى منع الزواج المبكر لأضراره الصحية دعوى غير مُسلّمة .

الترجيح :

قبل بيان الرأي الذي يظهر للباحث ترجيحه بحسب ما أُصِّل سابقاً من حق ولي الأمر في تقييد المباح ، نشير إلى أن الفقهاء المعاصرين اختلفوا في حكم ما ذهبت إليه قوانين الأحوال الشخصية من تقييد إباحة الزواج بسن معينة ، فمنهم من رفض التقييد مطلقاً ، قبل البلوغ وبعده[3] ، ومنهم من أجاز تقييد الزواج قبل البلوغ لا بعده[4]، ومنهم من أجازه قبل البلوغ وبعده بشرط عدم المبالغة في رفع السن[5]، كما هو حاصل في معظم قوانين الأحوال الشخصية.

والذي يظهر للباحث هو الرأي الثاني القائل بجواز تقييد إباحة الزواج قبل البلوغ لا بعده ، وذلك للأسباب التالية :

---

(١) الشتري ، حكم تقنين منع تزويج الصغيرات ، ص٤٨.

(٢) ينظر: الكحيل، عبد الدائم، فوائد الزواج المبكر، www.kaheel7.com.

(٣) من هؤلاء : الشيخ عبد العزيز بن باز، عبد المحسن العباد، عبد الرحمن البرّاك، عبد المجيد الزنداني، وبه صدرت فتوى من هيئة كبار العلماء . ينظر: الشتري، حكم تقنين منع تزويج الفتيات، ص٥٨.

(٤) ومن هؤلاء: الشيخ محمد بن صالح العثيمين ، والدكتور مصطفى السباعي ، الشيخ عمر الأشقر . ينظر: العثيمين، محمد بن صالح، شرح صحيح البخاري ، www.ahlalhadeeth.com . الأشقر: الواضح، ص٦٥، السباعي، المرأة بين الفقه والقانون ، ص٥٧.

(٥) من هؤلاء: الشيخ يوسف القرضاوي، الصادق الغرياني، سلمان العودة. ينظر: الغرياني، معنى تقييد المباح، ص٣، www.azzawiah.tv. د. القرضاوي يؤيد زواج المجنون .. ورفع سن زواج الفتيات ، ٢٠٠١/٠٨/٠٥م . http://www.qaradawi.net

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

١- إن المصالح التي ذكرها الفقهاء لإباحة زواج الصغار هي بحاجة إلى قوة للوازع الديني لدى الأولياء يحمله على مراعاة مصلحته في هذا الزواج ، وبما أن الوازع الديني قد ضعف وقلّ في هذه الأيام ، حيث أصبح كثير من الأولياء يستغلون ولايتهم على الصغار لتحقيق أغراض شخصية ومادية من هذا الزواج ، دون مراعاة لمصلحة الصغير فيه ، وقد ذكرنا أن أحد الأسباب التي تدعو ولي الأمر لتقييد المباح هو ضعف الوازع الديني لدى الناس ، وبالتالي لا مانع من تقييد إباحة الزواج قبل البلوغ ، بحيث يُمنع تزويج الصغير أو الصغيرة إلا بعد الرجوع إلى القاضي ، والذي بدوره يتحقق من وجود المصلحة من هذا الزواج ، وبذلك يمنع من استغلال بعض الأولياء بقصد أو بغير قصد زواج الصغار ، دون أن يُضيَّق على من أراد المصلحة حقيقة من الأولياء .

يقول الشيخ محمد العثيمين : « فالذي يظهر لي أنه من الناحية الانضباطية في الوقت الحاضر ، أن يُمنع الأب من تزويج ابنته مطلقاً ، حتى تبلغ وتُستأذن ، فإن كثيراً من الأولياء لا يُراعون مصلحة البنت ، وإنما يراعون مصلحة أنفسهم فقط ، فمنع هذا عندي في الوقت الحاضر متعين ، ولكل وقت حكمه »[١].

ويقول الدكتور مصطفي السباعي : « لا شك أن حكمة التشريع تؤيد منع زواج الصغار ، إذ ليس للصغار مصلحة في هذا العقد ، وما ذكره الفقهاء من مصالح لزواج الصغار لا يقيم لها الشرع وزناً ، ولم تعد في حياتنا الحاضرة محل اعتبار بالنسبة للسعادة الزوجية»[٢].

وأما الزواج بعد البلوغ فيظهر عدم الحاجة إلى تقييده ، وذلك لما يلي :

---

(١) العثيمين، محمد بن صالح، شرح صحيح البخاري، www.ahlalhadeeth.com.

(٢) السباعي، مصطفى، المرأة بين الفقه والقانون ، بيروت – لبنان، المكتب الإسلامي، ط٦، ١٤٠٤هـ-١٩٨٤م، ص٥٧-٥٨ . بتصرف يسير.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

١- إن الأصل استحباب الزواج بعد البلوغ كما ثبت ذلك بما ذكرناه من الأدلة الصحيحة ، وبالتالي لا ينبغي تقييد هذا الزواج إلا بوجود الدواعي إلى التقييد ، وما ذُكِر من أسباب للتقييد ، والتي اعتبرت مفاسد للزواج المبكر لا توازي ـ على فرض التسليم بها ـ المصالح المرجوة منه .

٢- إن الزواج المبكر غير منتشر في المجتمعات الإسلامية حتى يكون هناك ما يدعو إلى تقييده ، بل إن كثيراً من الدول الإسلامية أصبحت تعاني من تأخر الزواج عند الشباب وانتشار ظاهرة العنوسة لدى النساء ، حيث أظهرت مؤشرات الزواج في كثير من الدول العربية ارتفاع متوسط العمر في الزواج عند الذكور والإناث ، ففي ليبيا متوسط العمر عند الزواج للذكور حوالي (٣٣) سنة، وعند الإناث حوالي (٣١) سنة[١] ، وفي الأردن أكدت الدراسات ارتفاع متوسط العمر عند الزواج للذكور والإناث ، فقد بلغ عند الذكور (٢٩.٦) سنة ، وعند الإناث (٢٦.١) سنة ، وأكدت هذه الدراسات أيضاً أن معدل الزواج في الأعمار أقل من (٢٠) سنة حوالي (٠.٤%) للذكور ، مقابل (٥.٨%) للإناث[٢] ، وفي الجزائر أشارت إحصائية صدرت في سنة ٢٠٠٨م أن متوسط العمر عند الزواج للذكور حوالي (٣٣) سنة ، وعند الإناث (٢٩) سنة[٣]، وفي المغرب متوسط العمر عند الزواج للذكور (٣١) سنة ، وعند الإناث (٢٧) سنة[٤].

فهل بعد هذه الأرقام ما يدعو إلى منع الزواج المبكر؟!!! وإذا سلّمنا بصحة هذه البيانات ، فإن حالات الزواج المبكر تعتبر قليلة جداً لا تستدعي تدخل ولي الأمر لمنع وقوعه كلياً ، بل الواجب

---

(١) ينظر: النتائج النهائية للتعداد العام للسكان لسنة ٢٠٠٦م ، ص٥٨.

(٢) بدارنة، عادل لطفي، دليل مؤشرات الزواج والطلاق في الأردن، عمّان – الأردن، جمعية العفاف الخيرية، ط١، ١٤٣٠هـ-٢٠٠٩م، ص٥٦.

(٣) ينظر: العنوسة في الجزائر، ٢٠٠٩/١/٢م، www.el-massa.com.

(٤) ينظر: تقرير الاتحاد الدولي لتنظيم الأسرة، ٢٠٠٨م، ص١.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

دراسة الأسباب التي أدت إلى تأخر الزواج في هذه المجتمعات دراسة فاحصة ، لوضع الحلول المناسبة لها .

وبذلك يظهر أن الدعوى إلى تقييد سن الزواج ليس له داع من الناحية العلمية بناء على ما ثبت بالبحث والإحصاء من عدم انتشار الزواج المبكر في كثير من الدول.

وأنه إذا كان هناك مآخذ على حالات معينة من الزواج المبكر فيمكن التغلب عليها بالتوعية والإرشاد ، لا بوضع قانون يضيع الكثير من المصالح من أجل بعض الحالات القليلة.

٣- إن فكرة تحديد سن الزواج لم تأت لتحقيق مصلحة شرعية عامة ، وإنما جاءت استجابة للضغوط الخارجية لبعض الدول الغربية التي تسعى إلى هدم كيان المجتمعات الإسلامية ، عن طريق تدمير الأسرة المسلمة ، بواسطة المواثيق والاتفاقيات الدولية التي تُجبر الدول على سن قوانين تحدد سنّ الزواج[١]، وفي هذا المعنى يقول الدكتور مصطفى السباعي : « رفع السن في الزواج أمر غريب لا مبرر له ، إلا تقليد بعض القوانين الأجنبية ، وفيه تعريض للفتيات والفتيان للفتنة بهذا التأخير »[٢].

ويقول أيضاً : « ومن الغريب أن بعض القوانين الأجنبية تجعل سن الزواج أقل مما أقرّته بعض البلاد العربية[٣]، مع أن معظمها من البلاد الباردة التي يتأخّر فيها البلوغ عادة ، وعاداتها الاجتماعية تختلف عن عاداتنا وأخلاقنا »[٤].

---

(١) من أهم المواثيق والاتفاقيات التي كان لها أثر في إجبار الدول على تحديد سن للزواج اتفاقية (القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة) أو ما يعرف باسم (CEDAW) التي اعتمدتها الجمعية العامة للأمم المتحدة سنة ١٩٧٩م ، وتتألف هذه الاتفاقية من (٣٠) مادة ، وتدعو إلى المساواة التامة في الحقوق بين الرجل والمرأة في جميع الميادين السياسية والاقتصادية والمدنية ، وتعتبر جميع الدول التي وقعت على هذه الاتفاقية ملزمة قانونياً ودولياً بتنفيذها عن طريق سن القوانين التي تفعل هذه الاتفاقية في المجتمع ، وقد وقع على هذه الاتفاقية عدد كبير من دول العالم ، من بينها كثير من الدول العربية والإسلامية ، مثل : ليبيا ، والأردن ، والمغرب ، والجزائر ، وقد أصدرت دائرة الإفتاء العام في المملكة الأردنية الهاشمية بياناً في الرد على بعض المواد الواردة في اتفاقية سيداو مما يخالف الشريعة الإسلامية ، وأنه لا يجوز العمل بهذه المواد ، بل الواجب ردّ مثل هذه التشريعات التي تعد مخالفة صريحة لشريعة الله تبارك وتعالى ، وكذلك أصدرت جمعية العفاف الخيرية بياناً بالآثار المترتبة على إلغاء التحفظات على بعض بنود اتفاقية سيداو. ينظر: الفتياني، تيسير، اتفاقية سيداو في منظور الشريعة الإسلامية، ٢/٩/٢٠٠٩م ، www.shareah.com.

(٢) السباعي، مصطفى، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، دمشق ـ سوريا، مطبعة جامعة دمشق، ص١٤٢.

(٣) سن الزواج في إسبانيا، للرجال ١٤ سنة، وللنساء ١٢ سنة، وفي النمسا ١٤ سنة للرجال والنساء، وفي بريطانيا ١٤ للرجال، و١٢ للنساء، ينظر: مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد، دمشق – سوريا، دار القلم، ط١، ١٤١٦هـ-١٩٩٦م ، ص٦٣، الأشقر ، الواضح، ص٦٥.

(٤) السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ص١٤٢.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

وقد وجّهت اللجنة الإسلامية العالمية للمرأة والطفل التابعة للمجلس الإسلامي العالمي للدعوة والإغاثة نداء إلى ولاة الأمور بشأن تنقية قوانين الأحوال الشخصية من بعض المخالفات الشرعية الواردة في هذه القوانين ، ومن أهمها تعديل المادة التي تحدد سناً معينة للزواج لتصبح : يشترط في أهلية الزواج أن يكون الخاطب والمخطوبة عاقلين بالغين.

وأوضح البيان أن تقييد ولي الأمر للمباح إنما يكون بشرط تحري وجه المصلحة الراجحة ، وعدم الإضرار ، وعدم الاصطدام بقاعدة شرعية ، وذلك بأن الزواج قد يكون واجباً شرعاً على من يخشى الوقوع في الفاحشة ، ولو كان قبل الثامنة عشر ، فهل يمكن لولي الأمر أن يقيد الواجب؟!!![1] .

وبذلك يمكن القول بأنه لا ينبغي تقييد الزواج بعد البلوغ لعدم وجود حاجة تدعو إلى ذلك ، وأن ذلك لا يتفق مع المصلحة الشرعية .

---

(١) ينظر : اللجنة الإسلامية العالمية للمرأة والطفل ، ميثاق الأسرة في الإسلام ، عمان – الأردن ، جمعية العفاف الخيرية ، ٢٠٠٨ م ، ص ١٤٠ .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

المطلب الثاني

توثيق عقد الزواج

تمهيد : التوثيق وطرقه :

أولاً : تعريف التوثيق :

التوثيق لغة : مصدر وثّق الشيء إذا أحكمه وثبّته ، جاء في معجم مقاييس اللغة : « الواو والثاء والقاف ، كلمة تدلّ على عقد وإحكام ، ووثّقت الشيء : أحكمته »[1].

وجاء في المعجم الوسيط : « التوثيق : التسجيل بطريق رسمي ، والمُوثِّق : من يوثّق العقود ونحوها »[2].

وعلى هذا فالتوثيق في اللغة يدور حول معنى الإحكام والثبوت والتقوية .

والتوثيق اصطلاحاً : « عقد شرعي محكم لتأكيد الحق واستقراره أو إثباته عند التنازع»[3].

ثانياً : طرق التوثيق :

أمر الله سبحانه وتعالى بإيفاء العهود وأداء الحقوق ، ولما كانت الحقوق عرضة للضياع نظراً للغفلة والنسيان أو التنازع والإنكار ، شرع الله عزّ وجلّ توثيق الحقوق والعقود بشتّى وسائل التوثيق ، وذلك في أطول آية في القرآن الكريم.

فقد تضمنت هذه الآية ، وهي آية المداينة ، ثلاثة أنواع من طرق التوثيق ، وهي :

١-التوثيق بالكتابة : قال سبحانه : ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَٱكْتُبُوهُ ﴾[4].

---

(١) ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، (وثق)، ٨٥/٦.

(٢) أنيس ورفاقه، المعجم الوسيط، (وثق)، ١٠١١/٢-١٠١٢ ، بتصرف يسير.

(٣) الحجيلي، عبد الله بن محمد، علم التوثيق الشرعي ، الرياض – السعودية، مطبوعات مكتبة الملك فهد الوطنية ، ١٤٢٤هـ-٢٠٠٣م ، ص٤٠.

(٤) سورة البقرة: الآية (٢٨٢).

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

٢-التوثيق بالإشهاد : قال تعالى : ﴿ وَٱسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ ۖ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ ﴾[١].

٣-التوثيق بالرهن: فقال سبحانه: ﴿ وَإِن كُنتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُواْ كَاتِبًا فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ ﴾[٢].

والمقصود من توثيق الزواج بالكتابة : تسجيل عقد الزواج في الأوراق والسجلات الرسمية عند الجهات ذات الاختصاص .

الفرع الأول : الموقف الفقهي والقانوني من توثيق عقد الزواج :

أولاً: الرأي الفقهي في توثيق عقد الزواج :

لم يرد في القرآن الكريم نص خاص يوجب توثيق عقد الزوج بوسيلة من وسائل التوثيق ، وإنما ورد في السنة النبوية نصوص متعددة تدلّ على اعتبار الشهادة وسيلة لإثبات عقد الزواج ، منها حديث عائشة رضي الله عنها عن رسول الله ﷺ أنه قال : « لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل »[٣].

واستدلالاً بهذا الحديث وغيره ذهب جمهور الفقهاء إلى وجوب توثيق عقد الزواج بالإشهاد عليه ، واعتبروا الشهادة شرط صحة في عقد الزواج لا ينعقد بدونها[٤].

وقد علّل الفقهاء اشتراط الشهادة في عقد الزواج بعلل كثيرة[٥]، من أهمّها :

---

(١) سورة البقرة: الآية (٢٨٢).

(٢) سورة البقرة: الآية (٢٨٣).

(٣) البيهقي، السنن الكبرى، كتاب النكاح، باب لانكاح إلا بولي مرشد، ح(١٣٤٩٦)، ١٢٥/٧، ابن حبان، محمد بن حبان البستي، صحيح ابن حبان، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، بيروت – لبنان، مؤسسة الرسالة، ط٢، ١٤١٤هـ-١٩٩٣م، باب الولي، ح(٤٠٧٥)، ٣٨٦/٩ ، ونقل ابن حبان عن أبي حاتم قوله : « ولايصح في ذكر الشاهدين غير هذا الخبر » .

(٤) اختلف الفقهاء في حكم الإشهاد على عقد الزواج ، فذهب جمهور الفقهاء إلى وجوب الشهادة ، وأنها شرط صحة في عقد الزواج ، وذهب بعض الفقهاء كأبي ثور وابن المنذر ورواية عن مالك وأحمد إلى عدم وجوب الإشهاد ، وأن الواجب الإعلان والإشهار ، ومع اتفاق الجمهور على وجوب الإشهاد على عقد الزواج إلا أنهم اختلفوا في وقته ، فأبو حنيفة والشافعي وأحمد قالوا بوجوبه عند العقد ، ومالك قال : يستحب عند العقد ويجب عند الدخول ، ينظر: المرغيناني، برهان الدين علي بن أبي بكر، بداية المبتدي، القاهرة، - مصر، دار محمد علي صبح، ٥٨/١، الدردير، الشرح الكبير، ٢١٦/٢، الماوردي، الحاوي، ٥٨/٩، ابن قدامة، المغني ٧/٧، ابن رشد، بداية المجتهد، ١٣/٢.

(٥) ينظر: عبد الحميد ، محمد محيي الدين ، الأحوال الشخصية، بيروت – لبنان، دار الكتب العلمية، ١٤٢٤هـ-٢٠٠٣م، ص٢٢، الغرياني، الصادق بن عبد الرحمن، مدونة الفقه المالكي وأدلته، ليبيا، مكتبة الشعب، ط٣، ٢٠٠٥م، ٥٥٣/٢، الأشقر، أسامة عمر، مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، عمان – الأردن، دار النفائس، ط٢، ١٤٢٥هـ-٢٠٠٥م، ص١٣٤.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

١- إن عقد الزواج عقد يفصل بين الحلال والحرام في علاقة الرجل والمرأة ؛ فتكريماً لهذا العقد ، وإعلاءً لشأنه ، وجب الإشهاد عليه .

٢- إن الإشهاد سبب لإشهار الزواج وإعلانه بين الناس ، وبه يتحقق حفظ الحقوق ، ونفي التهمة ، ويدفع حالات الإنكار ، فبالإشهاد ينسدّ باب الفساد ، ويتميّز الحلال عن الحرام.

٣- إن عقد الزواج يترتب عليه مصالح دينية ودنيوية ، وحقوق والتزامات متبادلة بين الزوجين ، فكان من الواجب إعلانه بين الناس ، وإخراجه من حدود الكتمان ، والإشهاد عليه أحد وسائل إشهاره وإعلانه .

يقول الدكتور علي حسب الله : « وقد امتاز عقد الزواج بوجوب الإشهاد عليه ؛ لأنه عظيم الخطر ، جليل الأثر ، فأما عظم خطره فلارتباطه بالأعراض التي هي مناط الشرف ، فبالإشهاد تنتفي التهمة ، وتزول الظنون السيئة ، وتنقطع السنة السوء... ، وأما جلالة أثره فما ينبني عليه من أحكام تبقى على مرّ الزمان ، ولها أثرها في حياة الأسرة ، من حرمة مصاهرة ، وثبوت نسب ، وإرث ، وغير ذلك »[١].

ولهذه الأسباب وغيرها كان من المستحب ـ بالإضافة إلى الشهادة ـ إعلانه وإشهاره بين الناس « ليخرج عن نكاح السر المنهي عنه ، وإظهاراً للفرح بما أحلّ الله من الطيبات ، ولكي يشتهر فيعلمه الخاص والعام ، وليكون دعاية تشجع على الزواج والخروج من العزوبة »[٢].

ثانياً : توثيق عقد الزواج في قوانين الأحوال الشخصية :

نصّت قوانين الأحوال الشخصية على اشتراط توثيق عقد الزواج بالشهادة ، واعتبرت الشهادة من شروط صحة عقد الزوج ، يترتب على انعدامها فساد العقد أو بطلانه ، وبذلك تكون

---

(١) حسب الله ، علي ، الزواج في الشريعة الإسلامية ، القاهرة ـ مصر ، دار الفكر العربي ، ١٩٨٠ م ، ص ٦٨ .

(٢) عقلة ، محمد، نظام الأسرة في الإسلام ، عمان – الأردن، مكتبة الرسالة الحديثة ، ط١، ١٤١٠هـ-١٩٩٠م، ١/٤٠٠.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

هذه الأحكام موافقة لما ذهب إليه جمهور الفقهاء من وجوب الإشهاد على عقد الزواج واعتباره شرط صحة فيه .

غير أن هذه القوانين أضافت إلى اشتراط الإشهاد على عقد الزواج ، وجوب تسجيله في وثيقة رسمية لدى جهات الاختصاص ، فقد جاء في المادة الخامسة من قانون الأحوال الشخصية الليبي : « يثبت الزواج بحجة رسمية أو بحكم من المحكمة » ، وفي المادة (٣٦) من قانون الأحوال الشخصية الأردني : « توثيق العقد : أ- يجب على الخاطب مراجعة القاضي أو نائبه قبل إجراء عقد الزواج ، ب- يوثق القاضي أو من يأذن له عقد الزواج بوثيقة رسمية » ، وجاء في المادة (٢٧) من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي : « يُوثق الزواج رسمياً ، ويتم توثيق عقد الزواج من المأذونين » ، وجاء في المادة (١٦) من مدونة الأسرة المغربية : « تعتبر وثيقة الزواج الوسيلة المقبولة لإثبات عقد الزواج » ، وجاء في المادة (١٨) من قانون الأسرة الجزائري : « يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانوناً » .

الفرع الثاني : أسباب توثيق عقد الزواج وعقوبة عدم التوثيق :

يتبيّن مما سبق أن الشريعة الإسلامية أوجبت توثيق عقد الزواج بالشهادة ، واعتبرت الشهادة شرط صحة لهذا العقد ، وأما توثيقه بالطرق الأخرى للتوثيق فهو من المسكوت عنه شرعاً .

وبذلك يكون إيجاب قوانين الأحوال الشخصية لتسجيل عقد الزواج بطريق رسمي وتوثيقه بالكتابة ، تقييداً للمباح الذي سكت عنه الشرع ، حيث منعت هذه القوانين ترك التسجيل لعقد الزواج ، واعتبرت ذلك جريمة يستحق فاعلها عقوبة كما سيتبيّن فيما بعد .

وقد اتفق الفقهاء المعاصرون ـ فيما اطلعت عليه ـ على صحة هذا التقييد ، وأنه يجب على الرعية الالتزام بتوثيق عقود الزواج بتسجيله بطريق رسمي ، وأنه لا يجوز لأحد مخالفته بدعوى عدم

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

وروده في النصوص الشرعية ، يقول القرضاوي : « وفي هذه الحالة إذا صدر أمر أو قانون من ولي الأمر الشرعي بإيجاب التوثيق تصبح طاعته لازمة شرعاً »[1].

ورأى الفقهاء المعاصرون أن اكتفاء المسلمين في العصور السابقة توثيق عقد الزواج بالشهادة يعود لعدم الحاجة إلى توثيقه بالكتابة ، ولكن مع تطور الحياة وتغير الأحوال ، أصبحت هناك حاجة لتوثيق عقود الزواج بالكتابة ، مما اقتضى النص في العديد من القوانين على الإلزام بالتوثيق[2].

أولاً : أسباب وجوب توثيق عقد الزواج :

ولعل من أهم الأسباب التي دعت إلى وجوب توثيق عقد الزواج ما يلي[3] :

١.إن التوثيق بالكتابة يحقق في هذا العصر مصلحة حقيقية ، فقد تعددت في هذا العصر أسباب النزاع ، وتعقدت فيه المشكلات ، فكانت الحاجة ماسة لإيجاب هذا النوع من التوثيق ؛ لما فيه من منافع عديدة ، منها : إمكانية حفظ العقد المكتوب مدة طويلة وغير محدودة ، وسهولة الرجوع إليه عند النزاع مما لا يتوافر في الشهود .

٢.ضعف الوازع الديني ، وانتشار الكذب بين الناس ، مما ترتّب عليه إنكار الزوجية في بعض الأحيان تهرباً من آثار الزواج ، أو ادعائها زوراً وبهتاناً ، فللحدّ من الدعاوي الكاذبة للزوجية ، وسدّاً لذريعة إنكار الزوجية ، وجب توثيق عقد الزواج كتابة .

٣.المحافظة على حقوق الزوجين والأولاد ، فإن عقد الزواج يترتب عليه آثار عظيمة كالمهر والنفقة والنسب والميراث ونحوها ، فحفظاً لهذه الحقوق من الضياع والعبث والجحود وجب توثيقه بالكتابة.

---

(١) القرضاوي، يوسف، الزواج العرفي، على شبكة الإنترنت ٢٠٠٤/١/٩م . www.qarodawi.net.

(٢) الأشقر، مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، ص١٣٣.

(٣) ينظر: عتلة ، نظام الأسرة في الإسلام، ٣٩٤/١، الأشقر، مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، ص١٣٤، العمراني ، الاجتهاد الفقهي المعاصر، ص٣٥٨.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

ثانياً : عقوبة عدم توثيق عقد الزواج :

إذا كانت قوانين الأحوال الشخصية قد أوجبت توثيق عقد الزواج كتابة وتسجيله بطريق رسمي ، فإنها لم تجعل هذا التوثيق شرطاً لصحة الزواج يترتب على فقدانه وانعدامه فساد هذا الزواج أو بطلانه .

ومع اعتبار قوانين الأحوال الشخصية لعقود الزواج التي لا تسجل بطريق رسمي ولا توثق كتابة عقوداً صحيحة ، إلا أنها أوقعت بعض العقوبات التعزيزية على مخالفة ذلك ، فقد جاء في المادة (٣٦) من قانون الأحوال الشخصية الأردني : « إذا جرى عقد الزواج ولم يُوثَّق رسمياً ، يُعاقب كل من العاقد والزوجين والشهود بالعقوبة المنصوص عليها في قانون العقوبات الأردني[١]، وتغرم المحكمة كل واحد منهم بغرامة مقدارها مائتا دينار » .

وقد استحسن الفقهاء المعاصرون ما قامت به قوانين الأحوال الشخصية من عدم اعتبار تسجيل عقد الزواج شرطاً لصحة الزواج ، حيث إن التوثيق بالكتابة ليس شرطاً شرعياً تتوقف عليه صحة عقد الزواج شرعاً ، وإنما هو شرط يترتب عليه أثر قانوني لا دخل له في الحكم الشرعي.

يقول الشيخ أبو زهرة في تعليقه على فرض توثيق عقد الزواج : « ولا شك أن هذه الإجراءات لأجل توثيق العقد لا تتعلق بصحته ، فالعقد إذا كان غير مُوثَّق يكون صحيحاً ، لا يُعدّ الدخول فيه زنى ، بل يثبت به النسب وغيره من الأحكام الشرعية »[٢].

ويقول الأستاذ محمد عقلة : « تسجيل العقود وتوثيقها أمر لا تشترطه الشريعة الإسلامية لصحة العقد...، غير أن هذه الحقيقة لا تمنع من إحداث تنظيمات شكلية وإدارية بقصد حماية الزوجية ، والمحافظة على مصالح العقد...، ومن هذا المنطلق وضع المشرع المعاصر شرطاً قضائياً

---

(١) جاء في المادة (٢٧٩)، فقرة (١) من قانون العقوبات الأردني لعام ١٩٦٠م، « يُعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر كل من : أجرى مراسيم الزواج ، أو كان طرفاً في إجراء تلك المراسيم بصورة لا تتفق مع قانون حقوق العائلة أو أي قانون آخر أو شريعة أخرى ينطبق أو تنطبق على الزوج والزوجة مع علمه بذلك » .

(٢) أبو زهرة، محمد، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، القاهرة – مصر، دار الفكر العربي، ص٦٣.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

قانونياً لا صلة له بالصحة الشرعية ، ولا يترتب عليه أيُّ أثر ديني ، ألا وهو تسجيل العقد وتوثيقه»[1].

وأيّد الفقهاء أيضاً ما قرّرته القوانين من ترتيب عقوبات تعزيزية على من يخالف ما نصت عليه القوانين ويترك تسجيل عقد الزواج وتوثيقه ، يقول الشيخ علي الطنطاوي : « إذا أصدر ولي الأمر نظاماً وأمر بتوثيق عقود الزواج ، ووضع له قواعد لا تخرج عن الشرع ، وجبت طاعته فيها ، ولولي الأمر أن يُعاقب من خالف ذلك بنوع من العقوبات ؛ لأنه خالف أمراً أوجب الله طاعته »[2] ، ويقول الدكتور الصادق الغرياني : « يجوز الإلزام بتوثيق عقد الزواج دون أن يتعدى هذا الإلزام على الحكم بأن الزواج الذي لم يوثق يكون باطلاً ، بحيث يكون لعدم التوثيق عقوبات أخرى غير بطلان العقد ، لأن العقد المستوفي للأركان والشروط لا بدّ أن يكون صحيحاً »[3].

ونخلص من هذا كله أن قوانين الأحوال الشخصية قد أحسنت صنعاً بإيجابها تسجيل عقد الزواج وتوثيقه بالكتابة ، حفظاً للحقوق من الضياع والإنكار ، وسدّاً للمنازعات والخصومات .

وبناء على المصالح المترتبة على تسجيل عقد الزواج والمفاسد المُتأتِّية من عدم التسجيل ، خصوصاً مع انتشار صور مختلفة لعقود الزواج ، والتي تترتب عليها كثير من المفاسد ، فينبغي على العلماء والمفتين اعتماد الفتوى بأن تسجيل عقد الزواج وتوثيقه واجب شرعي اقتضته ظروف الزمان ومتغيرات العصر ، وأنه ليس مجرد إجراء إداري شكلي فقط .

---

(١) عقلة، نظام الأسرة في الإسلام، ٣٩٤/١.

(٢) الطنطاوي : علي ، فتاوى علي الطنطاوي ، جمعها ورتبها : مجاهد ديرانية ، جدة- السعودية ، دار المنارة ، ط٥ ، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م ، ١٨٥/١-١٨٦ .

(٣) الغرياني، معنى تقييد المباح، ص٥.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

المطلب الثالث

الإلزام بالفحص الطبي قبل الزواج[1]

تمهيد: المقصود بالفحص الطبي قبل الزواج :

أولاً : الفحص الطبي لغة واصطلاحاً :

الفحص في اللغة له عدة معان ، تدور جميعها حول كون معنى الفحص : طلب الشيء والبحث عنه بحثاً دقيقاً[2].

والطبي : نسبة إلى الطب ، الذي هو معالجة المريض ومداواته في الجسم والنفس[3].

أما الفحص الطبي في الاصطلاح فهو : « الكشف الذي يجريه الطبيب للمريض بقصد معرفة العلة والوصول إلى تشخيص المرض »[4].

فالفحص الطبي هو القيام بالكشف على الجسم لمعرفة ما به من مرض بكل الوسائل المتاحة ، من أشعة ، وكشف مختبري ، وفحص جيني ، ونحوها .

ثانياً : المقصود بالفحص الطبي قبل الزواج :

يُقصد بالفحص الطبي قبل الزواج : « تقديم استشارات طبية للخاطبين المقبلين على الزواج، تستند إلى فحوصات مخبرية أو سريرية ، تُجرى لهم قبل عقد القران »[5].

---

(١) كتب في موضوع الفحص الطبي قبل الزواج عدة كتب وبحوث ورسائل علمية، وعقدت من أجله كثير من الندوات ، تناولت هذه الندوات والدراسات إيجابيات الفحص الطبي قبل الزواج وسلبياته ، وأهم الأمراض التي يُكشف عليها ونحو ذلك ، ومن هذه الندوات والدراسات : ندوة الفحص الطبي قبل الزواج من منظور طبي وشرعي التي نظمتها جمعية العفاف الخيرية بالأردن ، وكتاب : الفحص الطبي قبل الزواج ضرورة أم ترف؟ للدكتور : عبدالحميد القضاة ، والفحوصات الطبية للزوجين قبل إبرام عقد الزواج لفاتن البوعيشي الكيلاني ، والفحص الطبي قبل الزواج لصفوان محمد عضيبات ، والفحص الطبي قبل الزواج والأحكام الفقهية المتعلقة به لعبد الفتاح أحمد أبو كيلة.

(٢) ينظر: ابن منظور، لسان العرب، (فحص) ٦٣/٧، الرازي، مختار الصحاح، (فحص) ص٤٢٥.

(٣) ينظر: الفيروزآبادي، القاموس المحيط، (طب)، ١٣٩/١، الزبيدي، تاج العروس، (طب)، ٢٥٨/٣.

(٤) أبو كيلة، عبد الفتاح أحمد، الفحص الطبي قبل الزواج، الإسكندرية – مصر، دار الفكر الجامعي، ط١، ٢٠٠٨م، ص٥٨.

(٥) جمعية العفاف الخيرية ، ندوة الفحص الطبي قبل الزواج من منظور طبي وشرعي ، تحرير: فاروق بدران، عادل بدارنة ، عمّان – الأردن ، جمعية العفاف الخيرية ، ص٨٣.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

وعرّفه المجلس الأوروبي للإفتاء بأنه : « الكشف بالوسائل المتاحة لمعرفة ما بأحد الزوجين من أمراض معدية أو مؤثرة في مقاصد الزواج »[1][2].

الفرع الأول : الموقف الفقهي والقانوني من الفحص الطبي قبل الزواج :

أولاً: آراء الفقهاء في حكم الفحص الطبي قبل الزواج :

لم يرد في النصوص الشرعية نص خاص يبيّن حكم إجراء الفحص الطبي قبل الزواج ، فكانت هذه المسألة من المسائل المسكوت عنها شرعاً .

وكذلك لا نجد عند الفقهاء القدامى رأياً حول حكم الفحص الطبي قبل الزواج ؛ لأن هذه المسألة من المسائل المستجدة التي ظهرت حديثاً مع التقدم العلمي الحاصل في مجال العلوم الطبية[3].

وعلى ذلك فيكون الأصل في الفحص الطبي قبل الزواج هو الإباحة ؛ لأن سكوت الشرع عن حكم شيء دليل على إباحته .

وقد رأى بعض الفقهاء المعاصرين أن حكم الفحص الطبي قبل الزواج هو الاستحباب ، بناء على أن الفحص يحقق مقاصد الشريعة من الزواج ، ذلك أن الفحص الطبي يُساهم في إيجاد نسل سليم من الأمراض والعلل ، والمحافظة على النسل من الكليات الخمس التي جاءت الشريعة بالأمر بها ، فيكون الفحص الطبي مأموراً به على جهة الاستحباب لكونه يحقق مقاصد الشريعة[4].

---

(١) المجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث، البيان الختامي للدورة الرابعة عشر للمجلس، ٢٠٠٨/٧/٣٠م. www.e-cfr.org

(٢) هناك أنواع كثيرة للفحص الطبي وكشف الأمراض قبل الزواج ، من أهمها: ١- الفحص عن مرض فقر الدم المنجلي، ٢- اختبارات فحص التهابات الكبد الفيروسية بنوعيها (B, C)، ٣- الفحص عن فيروس نقص المناعة المكتسب (AIDS)، ٤- اختبار كشف أمراض الدم الأنزيمية، ينظر: عضيبات ، صفوان محمد ، الفحص الطبي قبل الزواج، عمّان – الأردن، دار الثقافة، ط١، ٢٠٠٩م، ص٦٨-٧٦، جمعية العفاف، ندوة الفحص الطبي، ص١٩.

(٣) ينظر: عضيبات، الفحص الطبي قبل الزواج، ص٩٨، الأشقر، مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، ص٨٣.

(٤) ينظر: القره داغي، علي محيي الدين، الفحص الطبي قبل الزواج من منظور الفقه الإسلامي، ٢٠٠٨/٩/٢٣م، www.e- cfr.org، ص٣١.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

ثانياً : الفحص الطبي قبل الزواج في قوانين الأحوال الشخصية :

نصّت معظم قوانين الأحوال الشخصية في الدول العربية على إجبار المقبلين على الزواج على إجراء فحص طبي لإثبات مدى السلامة من الأمراض التي تؤثر في الحياة الزوجية ، فقد جاء في المادة (٢٧) من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي ما نصّه : « يشترط لإجراء عقد الزواج تقديم تقرير من لجنة طبية مختصة يفيد الخلو من الأمراض التي نصّ هذا القانون على طلب التفريق بسببها » ، وفي المادة (٧) من قانون الأسرة الجزائري : « يجب على طالبي الزواج أن يُقدّما وثيقة طبية لا يزيد تاريخها عن ثلاثة أشهر تثبت خلوهما من أيّ مرض قد يُشكّل خطراً يتعارض مع الزواج » ، وأوجبت مدونة الأسرة المغربية في المادة (٦٥) على المقبلين على الزواج تقديم شهادة طبية لإتمام إجراءات الزواج .

وفي ليبيا وبالرجوع إلى قانون الزواج والطلاق نجده خالياً من نص صريح يتعلق بإجراء فحوصات طبية قبل الزواج ، إلا أن القانون رقم (٥) لسنة ١٩٩٧م بشأن حماية الطفولة أشار إلى ذلك في مادته الثانية ، والتي نصت على التالي : « يكون إبرام عقد الزواج بعد التأكد من سلامة الزوجين من الأمراض الوراثية والمعدية ، ومن الأمراض الوراثية الناتجة عن زواج الأقارب ذات الأثر على صحة الأطفال الجسمية والعقلية »[١].

وفي الأردن صدر في العام ٢٠٠٤م نظام الفحص الطبي قبل الزواج حيث أشار هذا النظام في مادته الرابعة إلى أنه : « يتوجّب على طرفي عقد الزواج قبل توثيق العقد إجراء الفحص الطبي لدى أيّ من المراكز الطبية المعتمدة »[٢].

---

(١) قانون الطفولة (رقم ٥ لسنة ١٤٢٧) نشر في العدد (٣) من الجريدة الرسمية بتاريخ (١٤٢٨/٣/٧).

(٢) نظام رقم (٥٧) لسنة ٢٠٠٤م، (نظام الفحص الطبي قبل الزواج) صادر بمقتضى قانون الصحة العامة رقم (٥٤) لسنة ٢٠٠٢م.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

ويُلاحظ على هذه القوانين أنها مع اتفاقها على إيجاب الفحص الطبي قبل الزواج ، إلا أنها لم تُجعل هذا الفحص شرط صحة في عقد الزواج يترتب على عدم الالتزام به بطلان العقد أو فساده ، وإنما هو شرط قانوني يترتب عليه بعض الآثار القانونية كسقوط حق كل من الزوجين في طلب التفريق إذا تبيّن وجود مرض من الأمراض التي ينصّ الفحص على ضرورة الكشف عنها .

الفرع الثاني : مصالح الفحص الطبي قبل الزواج ومفاسده :

أولاً : مصالح الفحص الطبي[1]:

بنت قوانين الأحوال الشخصية إيجابها للفحص الطبي قبل الزواج على المصالح المترتبة على هذا الفحص على المجتمع عموماً ، وعلى الزوجين ونسلهما خصوصاً ، ويمكن إجمال أهم هذه المصالح فيما يأتي :

١- تعتبر الفحوصات الطبية قبل الزواج من الوسائل الوقائية من انتشار الأمراض المعدية والوراثية في المجتمع .

٢- معرفة كل من المقدمين على الزواج على الحالة الصحية للطرف الآخر ، وبذلك نضمن عدم تضرر صحة كل منهما نتيجة معاشرة الآخر جنسياً .

٣- تحقيق الاطمئنان والسكنى من خلال معرفة الطرفين بخلوها من الأمراض المعدية والوراثية .

٤- ضمان إنجاب أطفال أصحاء سليمين عقلياً وجسدياً ، وحمايتهم من الأمراض الخطيرة .

---

(١) ينظر: الأشقر، مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، ص٨٤، القره داغي، الفحص الطبي قبل الزواج، ص٧، عضيبات، الفحص الطبي قبل الزواج، ص٨٨.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

ثانياً: مفاسد الفحص الطبي[1]:

على الرغم من كثرة المصالح المترتبة على الفحص الطبي قبل الزواج ، إلا أنه لا يخلو من بعض المفاسد التي يبني عليها بعض الفقهاء عدم جواز إيجاب الفحص الطبي ، ومنها :

١- إن نتائج هذه الفحوصات غير قطعية ، وبالتالي فإن هذه الفحوصات قد تحرم البعض من فرصة الزواج لنتائج قد لا تكون مؤكدة .

٢- الآثار النفسية والاجتماعية للنتائج السلبية لهذا الفحص ، مما قد يترتب عليه وقوع الزوجين أو أحدهما في حالة القلق والاضطراب والاكتئاب .

٣- عدم القدرة على التحكم في سريّة نتائج الفحص الطبي ، مما قد يُسبّب لأصحابها أضراراً نفسية واجتماعية .

الترجيح :

يتبين مما سبق أن إيجاب الفحص الطبي قبل الزواج فيه تقييد للمباح بالمنع من الترك ، وأن سند هذا التقييد هو المصلحة المترتبة على الفحص .

وقد اختلف الفقهاء المعاصرون في حكم إجبار المقبلين على الزواج على إجراء فحص طبي يثبت مدى سلامتهم من الأمراض الذي قد يكون لها أثر على صحة أحد الزوجين أو ذريتهما .

فذهب الجمهور إلى صحة هذا التقييد ، وأنه يحق لولي الأمر إيجاب الفحص الطبي قبل الزواج[2] ، لأن هذا الإيجاب لا يتعارض مع قواعد الشريعة ومقاصدها في الزواج ، بل فيه تحقيق للمصالح ودرء للمفاسد .

---

(١) ينظر: جمعية العفاف، ندوة الفحص الطبي، ص٢١، أبو كيلة، الفحص الطبي قبل الزواج، ص٢٠٠.

(٢) وممّن قال بهذا القول : الصادق الغرياني، على القره داغي، محمد عثمان شبير، محمد الزحيلي، أسامة الأشقر ، ينظر:الأشقر، مستجدات فقهية، ص٩١، القره داغي، الفحص الطبي قبل الزواج، ص٣٢ ، الأشقر ورفاقه : دراسات فقهية في قضايا طبية معاصرة ، عمان-الأردن ، دار النفائس ، ط١ ، ١٤٢١هـ - ٢٠٠١م ، ٣٣٦/١ .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

وذهب بعض الفقهاء المعاصرين إلى عدم جواز الإجبار على الفحص الطبي[1]، ورأوا أن يجعل الفحص اختيارياً لا إجبارياً، بحيث لا يكون هناك إلزام به .

وقد بنى هؤلاء رأيهم بعدم صحة هذا التقييد على أن عقد الزواج ليس عقداً جديداً حتى نبحث له عن شروط جديدة ، وأن تقييد ولي الأمر للمباح إنما يصح إذا تعيّنت المصلحة أو غلبت ، ولا يوجد ذلك في الفحص الطبي قبل الزواج نظراً للمفاسد المترتبة عليه[2].

والذي يظهر للباحث ـ والله أعلم ـ ترجيح القول بجواز الإلزام بالفحص الطبي قبل الزواج ، وذلك لتحقيق هذا الإلزام جملة من المقاصد الشرعية للفرد والأسرة والمجتمع[3]، وذلك من خلال الآتي :

١- المحافظة على النفس :

يعتبر الفحص الطبي وسيلة من وسائل الوقاية من الأمراض المعدية ، حيث إن حمل أيّ من الزوجين لواحد من الأمراض المعدية هو مظنة لانتقال هذا المرض لزوجه ، فيكون في الفحص الطبي حفاظ على النفس من جانب العدم ؛ لأنه يدرأ المفسدة على النفس ، ويشهد لهذا ما أخرجه البخاري ومسلم عن أن رسول الله ﷺ قال : « لا توردوا الممرض على المصح »[4] إلى غير ذلك من الأحاديث التي تأمر باجتناب المرضى خشية انتقال المرض .

٢- المحافظة على النسل :

---

(١) وبه قال: الشيخ عبد العزيز بن باز، وعبد الكريم زيدان، ومحمد عبد الغفار الشريف، ينظر: عضيبات ، الفحص الطبي قبل الزواج ، ص٩٩-١٠٢، الأشقر، مستجدات فقهية، ص٩٢ ، القره داغي، الفحص الطبي قبل الزواج، ص٣٢.

(٢) ينظر: القره داغي، الفحص الطبي قبل الزواج، ص٣٢.

(٣) ينظر: الكيلاني : عبد الرحمن ، التطبيقات المعاصرة للمصالح المرسلة في المجال الأسري ، مجلة الشريعة والقانون، أبو ظبي – الإمارات، العدد ٢٧، ١٤٢٧هـ-٢٠٠٦م ، ص١٩٩-٢٠٣.

(٤) البخاري، صحيح البخاري، كتاب الطب ، باب لا عدوى ، ح(٥٤٣٩) مسلم ، صحيح مسلم، كتاب الطب ، باب لا عدوى ... ، ح(٢٢٢١).

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

يعتبر الفحص الطبي قبل الزواج من وسائل المحافظة على النسل ، الذي هو أحد الضروريات الخمس التي جاءت الشريعة وأُمرت بالمحافظة عليها من جانب الوجود والعدم .

حيث إن معرفة الحالة الصحية لكل من الرجل والمرأة قبل الزواج يُقلِّل من نسبة الأمراض الوراثية التي تنتقل من الآباء إلى الأبناء ، فبعض الأمراض الوراثية يمكن الوقاية منها وتفادي آثارها قبل وقوعها ، مما يجعل الفحص الطبي قبل الزواج إجراء وقائياً يدرأ عن النسل مفاسد كبيرة .

٣- المحافظة على الزواج ودوام استمراره :

فقد عُلم من خلال تتبع الأدلة الشرعية واستقرائها حرص الشارع على دوام الزواج واستمراره وحمايته من خطر الانحلال ، يقول الله تعالى : ﴿ وَعَاشِرُوهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ۚ فَإِن كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَىٰٓ أَن تَكْرَهُوا۟ شَيْـًٔا وَيَجْعَلَ ٱللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا ﴾[1]، ففي هذه الآية وصية من الله تعالى وإرشاد إلى فضل بقاء الرابطة الزوجية مع وجود الكراهية ، وأن مجرد الكراهية ليست سبباً كافياً للطلاق ، مما يدل على حرص الشارع على دوام الصلة بين الزوجين .

ولا شك أن الفحص الطبي قبل الزواج يحقق هذا المقصد الشرعي ، حيث إن فيه احترازاً من بعض الأسباب التي قد تؤدي إلى الفرقة والطلاق ، ذلك أن اكتشاف أيّ من الزوجين وجود مرض منفر أو معدٍ عند الطرف الآخر بعد الزواج ، يمكن أن يكون سبباً رئيسياً في انقطاع الرابطة الزوجية وانحلالها .

وأما المفاسد التي ذُكرت للفحص الطبي فهي لا توازي المصالح المرجوة منه ، ولا يُترك الشيء لوجود بعض المفاسد فيه ، وقد تقدم عند الحديث عن القواعد الشرعية وأثرها في تقييد المباح ، أنه عند التعارض بين المصالح والمفاسد يكون التقديم للأرجح منهما[2].

---

(١) سورة النساء: الآية (١٩).

(٢) ينظر ص : ١٠٨.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

© Arabic Digital Library-Yarmouk University

وأيضاً فإن المفاسد التي ذُكرت للفحص الطبي قبل الزواج يمكن تجنّبها أو تقليلها ، يقول الدكتور عبد الرحمن الكيلاني : « ولا يقدح في صحة الإلزام بالفحص الطبي قبل الزواج وجود بعض المفاسد التي قد تترتّب عليه ...، ذلك أن عملية الفحص الطبي تخضع لجملة من الضوابط والشروط والقيود التي تُخفّف كثيراً من وطأة هذه المفاسد أو تجعلها مجرد مفسدة متوهمة ، وعلى افتراض وجود مفسدة من هذا الفحص ، فإنها لا تصل إلى حجم المفسدة المترتبة على عدم الفحص »[1].

ومع ترجيح القول بجواز الإجبار على الفحص الطبي قبل الزواج إلا أنه ينبغي تقييد ذلك بأمرين :

الأول : عدم التوسع في الأمراض التي يجب الكشف عنها ، وأن يُقتصر في ذلك على الأمراض المعدية السارية الخطيرة ؛ لأنه إذا كان إيجاب الفحص دعت إليه الحاجة والضرورة ، فإن الضرورة تقدر بقدرها .

إضافة إلى أن التوسع في ذلك قد يجعل الفحص أداة سلبية ضارة ، حيث تصبح مفاسده أكثر من مصالحه .

الثاني : ألا يجعل الفحص الطبي شرط صحة لعقد الزواج ، يترتب على الإخلال به فساد العقد أو بطلانه ، بل يكون الجزاء على الإخلال بالفحص عقوبة تعزيزية مناسبة .

وبمراعاة هذين الشرطين يُحقّق الفحص الطبي قبل الزواج المصالح المرجوة منه ، دون أن يترتب عليه من المفاسد ما يفوق تلك المصالح .

---

(١) الكيلاني، التطبيقات المعاصرة للمصالح المرسلة ، ص٢٠٤.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

المطلب الرابع

تحديد الحدّ الأعلى للمهر

تمهيد : تعريف المهر وحكمه :

أولاً : تعريف المهر :

المهر في اللغة : صداق المرأة ، جاء في معجم مقاييس اللغة : « الميم والهاء والراء ، أصل يدل على أجر في شيء خاص ، مهر المرأة : أجرها »[1]، ويُجمع المهر على مهور ومهورة ، ويُقال : مهرت المرأة مهراً : أعطيتها المهر ، وأمهرتها ـ بالألف ـ كذلك[2].

وأما المهر في الاصطلاح فهو : « ما تستحقه الزوجة من الزوج بسبب النكاح »[3].

ثانياً : حكم المهر :

المهر حق واجب على الرجل للمرأة ، والدليل على وجوبه الكتاب والسنة والإجماع.

فمن الكتاب قول الله تعالى : ﴿وَءَاتُواْ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَٰتِهِنَّ نِحْلَةً﴾[4]، وقوله تعالى : ﴿ وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ أَن تَبْتَغُواْ بِأَمْوَٰلِكُم مُّحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَٰفِحِينَ ۚ فَمَا ٱسْتَمْتَعْتُم بِهِۦ مِنْهُنَّ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً ﴾[5]، فقد أوجب الله تعالى المهر في هذه النصوص ، حيث أمر

---

(١) ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، (مهر)، ٢٨١/٥.

(٢) ينظر: ابن منظور، لسان العرب، (مهر)، ١٨٤/٥.

(٣) الغرياني، مدونة الفقه المالكي، ٥٦٢/٢، وللمهر أسماء أخرى، مثل: الصداق، النحلة ، الفريضة ، الأجر، العلائق، والحباء، ينظر: ابن قدامة، المغني، ١٦٠/٧.

(٤) سورة النساء: الآية (٤) ، قال ابن العربي : « النحلة في اللغة: عبارة عن العطية الخالية عن العوض ، واختلف في المراد بها ها هنا على ثلاثة أقوال : الأول: معناه طيبوا نفساً بالصداق كما تطيبون بسائر النحل والهبات ، الثاني : معناه نحلة من الله تعالى للنساء...، الثالث: أن معناه فريضة من الله تعالى » ابن العربي، أحكام القرآن، ٤١٣/١.

(٥) سورة النساء: الآية (٢٤).

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library Yarmouk University

سبحانه وتعالى الأزواج في الآية الأولى بإعطاء النساء الصداق عن طيب نفس ، ووصف المهر في الآية الثانية بأنه فريضة ؛ لتأكيد وجوب المهر ، ونفي احتمال صيغة الأمر غير الوجوب[1].

ومن السنة : ما ثبت عن النبي ﷺ في زواجه وتزويج بناته من أنه لم يُخل زواجاً من المهر ، فلو كان المهر غير واجب لتركه ؛ لتشريع عدم وجوبه[2]، ويدل على وجوبه أيضاً من السنة قوله ﷺ للرجل الذي أراد أن يتزوج وليس معه مال : « أعطها ولو خاتماً من حديد »[3]، فلو كان المهر غير واجب لزوّجه بدون مهر[4].

وأما الإجماع : فقد أجمع الفقهاء على اختلاف مذاهبهم على وجوب المهر ، وأنه حق للزوجة على زوجها[5].

الفرع الأول : الموقف الفقهي والقانوني من تحديد الحدّ الأعلى للمهر :

أولاً : الرأي الفقهي في تحديد الحدّ الأعلى للمهر :

كما اتفق الفقهاء على أن المهر واجب للمرأة على الرجل ، اتفقوا أيضاً على أن المهر لا حدّ لأكثره[6]، يقول ابن قدامة : « وأما أكثر الصداق ، فلا توقيت فيه بإجماع أهل العلم »[7].

---

(١) ينظر: الطبري، تفسير الطبري، ١٢/٥، ابن العربي، أحكام القرآن، ٤٩٩/١، القرطبي، تفسير القرطبي، ٢٤/٥، ابن كثير، ٤٧٦/١.

(٢) لا ينافي ذلك ما دلّ عليه قوله تعالى في سورة الأحزاب:﴿ وَٱمۡرَأَةٗ مُّؤۡمِنَةً إِن وَهَبَتۡ نَفۡسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنۡ أَرَادَ ٱلنَّبِيُّ أَن يَسۡتَنكِحَهَا خَالِصَةٗ لَّكَ مِن دُونِ ٱلۡمُؤۡمِنِينَۗ ﴾الآية : ٥٠، فقد أجمع المفسرون على أن النكاح بغير صداق من خصائص النبي ﷺ التي لا يشاركه غيره فيه ا، يقول ابن العربي بعد بيان معنى هذه الآية : « وقد خصص الله تعالى رسوله في أحكام الشريعة بمعان لم يشاركه فيها أحد في باب الفرض والتحريم والتحليل ، مزية على الأمّة وهيبة له ، ومرتبة خص بها » ، ابن العربي، أحكام القرآن، ٥٩٧/٣.

(٣) البخاري، صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب السلطان ولي ...، ح (٤٨٤٢) مسلم، صحيح مسلم، كتاب النكاح، باب الصداق وجواز كونه تعليم قرآن وخاتم حديد... ح(١٤٢٥).

(٤) ينظر: ابن حجر، فتح الباري، ٢١١/٩.

(٥) ينظر : ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ١٠٠/٣، الدردير، الشرح الكبير، ٢٢٠/٢، الماوردي ، الحاوي، ٣٩٠/٩ ، ابن قدامة ، المغني ، ١٦١/٧ ،

(٦) ينظر: ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ١٠٠/٣، الدردير، الشرح الكبير، ٢٢٠/٢، الماوردي ، الحاوي، ٣٩٦/٩، ابن قدامة، المغني، ١٦١/٧.

(٧) ابن قدامة، المغني، ١٦١/٧.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

وقد بنى الفقهاء إجماعهم هذا على أنه لم يرد في الشرع ما يدل على تحديد المهر بحدّ أعلى، بل قد ورد في بعض النصوص ما يدل على إباحة كثرة الصداق ، يقول الله تعالى : ﴿ وَإِنْ أَرَدتُّمُ ٱسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَءَاتَيْتُمْ إِحْدَىٰهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْـًٔا ۚ أَتَأْخُذُونَهُۥ بُهْتَٰنًا وَإِثْمًا مُّبِينًا ﴾[1]،فقد جاء في تفسير هذه الآية أن فيها دلالة على جواز جعل المهر مالاً كثيراً ، بدلالة كلمة قنطار ، التي تعني المال الكثير[2] ، يقول القرطبي : « في هذه الآية دليل على جواز المغالاة في المهور ؛ لأن الله تعالى لا يمثل إلا بمباح »[3] .

المغالاة في المهور :

ومع اتفاق الفقهاء، على عدم وجود حدّ لأكثر المهر ، فإن الاتفاق قائم أيضاً على استحباب تقليل المهور وكراهية المغالاة فيها ، يقول ابن قدامة : « ويستحب ألا يُغليَ الصداق »[4].

والأدلة على استحباب عدم المغالاة في المهور كثيرة ، منها :

١- عن عائشة ﵂ قالت : قال رسول الله ﷺ : « أعظم النساء بركة أيسرهن صداقاً »[5].

يقول الشوكاني في شرح هذا الحديث : « فيه دليل على أفضلية النكاح مع قلة المهر ، وأن الزواج بمهر قليل مندوب إليه ؛ لأن المهر إذا كان قليلاً لم يستصعب النكاح من يريده ، فيكثر الزواج المُرغّب فيه ، ويقدر عليه الفقراء ، ويكثر النسل الذي هو أهمّ مطالب النكاح ، بخلاف ما إذا

---

(١) سورة النساء: الآية (٢٠) .

(٢) اختلف المفسرون في المراد بالقنطار ، أوصلها بعضهم إلى عشرة أقوال ، فقيل : إنه ملء مسك ثور من ذهب ، وقيل: سبعون ألف درهم ، قال ابن العربي : « وهذه الأقوال كلها تحكم في الأكثر ، ولا يصح في هذا الباب شيء ، والذي يصح في ذلك أنه المال الكثير الوزن » ، ابن العربي، أحكام القرآن، ١/٤٧٢.

(٣) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ٥/٩٩.

(٤) ابن قدامة، المغني، ٧/١٦١.

(٥) الحاكم، محمد بن عبد الله ، المستدرك على الصحيحين، تحقيق: مصطفى عطا، بيروت- لبنان، دار الكتب العلمية، ط١، ١٤١١هـ-١٩٩٠م، كتاب النكاح، ح(٢٧٣٢)، ٢/١٩٤، وقال الحاكم عنه: "هذا حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه".

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

كان المهر كثيراً ؛ فإنه لا يتمكن منه إلا أرباب الأموال ، فيكون الفقراء ـ الذين هم الأكثر في الغالب ـ غير مزوجين ، فلا تحصل المكاثرة التي أرشد إليها النبي ﷺ »[1].

٢- وعن عائشة ﷺ قالت : قال رسول الله ﷺ : « إن من يُمنِ المرأة تيسير خطبتها وتيسير صداقها وتيسير رحمها »[2].

٣- وعن أبي هريرة ﷺ قال : جاء رجل إلى النبي ﷺ فقال : إني تزوّجت امرأة من الأنصار ، فقال له النبي ﷺ : « على كم تزوجتها ؟ » ، قال : على أربع أواق[3]، فقال له النبي ﷺ « على أربع أواق !!! كأنما تنحتون الفضة من عُرضِ هذا الجبل...»[4].

قال النووي : « ومعنى ذلك كراهية إكثار المهر بالنسبة إلى حال الزوج »[5].

وبذلك يُعلم أن النصوص متضافرة في الدلالة على استحباب تقليل المهور وكراهية المغالاة فيها .

ثانياً : موقف قوانين الأحوال الشخصية من تحديد الحدّ الأعلى للمهر :

لم تُحدِّد أغلب قوانين الأحوال الشخصية في الدولة العربية حداً أعلى للمهر ، فجاءت نصوصها خالية من التعرض لبيان أكثر ما يُسمح به من المهر ، واكتفت بما اتفق عليه الفقهاء من تحديد الشرع لأعلى المهر .

ويُستثنى من هذه القوانين القانون الإماراتي ، الذي نصّ على تحديد أكثر المهر ، فقد جاء في المادة (٤٩) من القانون : « المهر هو ما يقدمه الزوج من مال متقوم بقصد الزواج ، ولا حدّ لأقلِّه ، ويخضع أكثره لقانون تحديد المهور » ، وقد وضعت الإمارات قانوناً اتحادياً سُمِّي بقانون : تحديد

---

(١) الشوكاني، محمد بن علي، نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار شرح منتقى الأخبار، بيروت – لبنان، دار الجيل، ١٩٧٣م، ٣١٣/٦.

(٢) ابن حنبل، أحمد، المسند، القاهرة – مصر، مؤسسة قرطبة، ح(٢٤٥٢٢)، ٧٧/٦، الحاكم، المستدرك على الصحيحين، كتاب النكاح، ح(٢٧٣٩)، ١٩٧/٢، وقال الحاكم عنه : "هذا حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه".

(٣) الأواق جمع أوقية ، والأوقية أربعون درهماً ، ينظر: ابن الأثير، النهاية، ٢١٦/٥.

(٤) مسلم، صحيح مسلم، كتاب النكاح، باب ندب النظر إلى وجه المرأة وكفيها لمن يريد تزوجها، ح(١٤٢٤).

(٥) النووي، شرح صحيح مسلم، ٢١١/٩.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

المهر في عقد الزواج ومصاريفه ، وجاء في المادة الأولى منه : « لا يجوز أن يزيد مقدم الصداق في عقد الزواج على (٢٠.٠٠٠) عشرين ألف درهم ، أو أن يجاوز مؤخر الصداق (٣٠.٠٠٠) ثلاثين ألف درهم ».

وواضح من نص هذه المادة أن القانون الإماراتي قد جعل الحدّ الأعلى للمهر خمسين ألف درهم ، ولم يسمح هذا القانون بمجاوزة هذا الحدّ ، بل فرض عقوبة مالية على كل من خالف ذلك بأن جاوز الحدّ المنصوص عليه في القانون ، فقد جاء في المادة (٥) من القانون : « يُعاقب كل من خالف أحكام هذا القانون بغرامة مقدارها (٥٠٠.٠٠٠) خمسمائة ألف درهم ».

وبهذا يتبيّن أن تحديد القانون الإماراتي لأعلى المهر الذي يُسمح للرجل تقديمه للمرأة فيه تقييد للمباح بالمنع من الفعل ، وإذا عُلم أن الفقهاء متفقون على كراهية الزيادة في المهر واستحباب تقليله ، فإن هذا القانون فيه أيضاً منع لأمر مكروه في الشرع ، هذا إن اعتبر أن القدر المحدّد في القانون لا يعدّ من المغالاة في المهر .

الفرع الثاني : أدلة جواز تحديد الحدّ الأعلى للمهر ومناقشتها :

وقبل بيان الأدلة التي استند إليها القانون في تحديد الحدّ الأعلى للمهر ، نشير إلى أن الفقهاء المعاصرين ـ مع اتفاقهم على أنه لم يرد في الشرع ما يدل على التحديد ـ اختلفوا في حكم تدخل ولي الأمر في موضوع المهر وتحديده وإلزام الناس به .

فذهب بعض الفقهاء إلى أنه لا ضرورة ولا مصلحة تدعو إلى تدخل ولي الأمر لتحديد المهر ، يقول الدكتور عبد الكريم زيدان : « لا مصلحة في تحديد المهور ولا ضرورة ، وبالتالي لا يسوغ الاجتهاد فيه من قِبل ولي الأمر ، ولا يجوز حمل الناس عليه »[1].

---

(١) زيدان، المفصل، ٧/٧٤.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

وذهب بعض الفقهاء إلى أنه يجوز لولي الأمر تحديد أكثر المهر ، يقول الشيخ عبد الله بن زيد آل محمود : « متى رأى ولي الأمر تحديد الصداق بقدر معلوم يتلاءم مع مصلحة جميع الناس ، غنيّهم وفقيرهم ؛ فإنه جائز قطعاً بلا شك ، وليس في الشرع ما يمنعه »[1]، ويقول الدكتور عبد الفتاح عمرو : « إن مسألة وضع حدّ أعلى للمهر من قِبل ولي الأمر من مسائل السياسة الشرعية ، وإذا كان من الثابت أن من حق ولي الأمر تقييد المباح عند تحقق المصلحة ، فأرى أنه يجوز لولي الأمر أن يمنع التغالي بالمهور سياسة ، إذا دعت الحاجة في المجتمع المسلم لذلك »[2].

أولاً : أدلة جواز تحديد ولي الأمر لأعلى المهر :

بنى القائلون بجواز تحديد ولي الأمر لأعلى المهر قولهم على ما يلي :

١- ما ثبت عن عمر بن الخطاب ﷺ من نهيه المغالاة في المهر ، وتحديده حداً أعلى له ، فقد خطب عمر بن الخطاب، ﷺ ، فقال : « ألا لا تغالوا صدقة النساء ؛ فإنها لو كانت مكرمة أو تقوى عند الله ؛ لكان أولاكم بها نبي الله ﷺ ، ما علمت رسول الله ﷺ نكح شيئاً من نسائه ولا أنكح شيئاً من بناته على أكثر من ثِنتي عشرة أوقية »[3].

وجاء في رواية أخرى عن ابن عمر ﷺ : « أن عمر بن الخطاب ﷺ خطب الناس ، فقال : يا أيها الناس ، لا تغالوا مهر النساء ؛ فإنها لو كانت مكرمة لم يكن أحد منكم أحق بها ولا أولى من النبي ﷺ ، ما أمهر أحداً من نسائه ولا أصدق أحداً من بناته أكثر من اثنتي عشرة أوقية ، والأوقية أربعون درهماً ، فذلك ثمانون وأربع مائة درهم ، وذلك أغلى ما كان رسول الله ﷺ أمهر ، فلا أعلم أحداً زاد على أربع مائة درهم»[4].

---

(١) آل محمود، عبد الله بن زيد، مجموعة رسائل الشيخ عبد الله بن زيد آل محمود، الدوحة – قطر، دار العلوم، ط٣، ١٤١٢هـ-١٩٩٢م، ص٣٦٧.

(٢) عمرو، السياسة الشرعية ، ص٧١-٧٢ . بتصرف يسير.

(٣) الترمذي، سنن الترمذي، كتاب النكاح، باب ما جاء في مهور النساء، ح(١١١٤) أبو داود، سنن أبي داود، كتاب النكاح، باب الصداق، ح(٢١٠٦) ابن ماجه، سنن ابن ماجه، كتاب النكاح، باب صداق النساء، ح(١٨٨٧) وقال الترمذي عنه: "هذا حديث حسن صحيح".

(٤) الحاكم، المستدرك على الصحيحين، كتاب النكاح، ح(٢٧٢٦)، ٢/١٩٢.قال الحاكم«وقد روي من وجه صحيح عن ابن عباس عن عمر ».

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

وجه الدلالة : أن فعل عمر ﷺ في تحديد الحدّ الأعلى للمهر ، ونهيه عن المغالاة ، صريح في أن لولي الأمر الحق في تحديد أكثر المهر إذا صار عقبة في طريق الزواج ، ذلك أن عمر بن الخطاب ﷺ قد أدّاه اجتهاده إلى نهي الناس عن المغالاة في المهور ، وجعل حدّ المغالاة تجاوز مهور زواج النبي ﷺ ، وأنه عزم على أخذ الزائد على هذا الحدّ ووضعه في بيت المال ، فدلّ ذلك على أنه يصح لولي الأمر أن يضع حداً لأعلى المهر ، وأن يُلزم الناس بعدم مجاوزة ذلك الحدّ .

٢- إفضاء المغالاة في المهور إلى المحظور[١]:

فقد أصبحت مؤن الزواج ومنها الصداق عقبة كؤوداً في وجه الفقراء من الناس ، تحول بينهم وبين الزواج ، مما يفضي إلى ضرر عام بالنساء والرجال والمجتمع .

ومن أظهر أضرار التغالي في المهور ما يلي :

أ- انتشار العنوسة بين الرجال والنساء نتيجة المغالاة في المهور وارتفاع تكاليف الزواج ، فكلما زادت التكاليف المقترنة بالزواج قلّ القادرون عليها من الناس ، وهو ما أدّى في وقتنا الحاضر إلى عزوف الشباب عن الزواج ، أو تأخيره خوفاً من تحمل أعبائه ، مما أدى إلى ارتفاع عدد العوانس اللاتي فاتهن سن الزواج بنسبة مخيفة في البيوت .

ب- إن التغالي في المهور وتكاليف الزواج يُكلف الأسر ما لا تطيق ، وكثير منها يتغلّب على هذه التكاليف إما بالديون الثقيلة ، التي تنعكس آثارها السيئة فيما بعد على حياة الزوجين ، وتكون على حساب سعادة الزوجين واستقرارها ، وإما بالالتجاء إلى كسب المال من وجوه الحرام ، بالرشوة والربا والمعاملات المشبوهة.

ج- تفشي الزنا : ذلك أن من يعجز عن الزواج يلجأ ـ عند غياب الوازع الديني ـ إلى الطرق الحرام ، خاصة مع كثرة التبرج والعري في بعض المجتمعات وتيسّر سبل الفاحشة .

---

(١) ينظر: الغرياني، مدونة الفقه المالكي، ٥٦٨/٢، عقلة، نظام الأسرة، ٢٢٧/٢، العمراني، الاجتهاد الفقهي المعاصر، ص٣٠٧.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

د- تعاطي المسلمين الزواج بالأجنبيات : فإذا عسر نكاح المسلمات نتيجة غلاء المهور وارتفاع التكاليف ؛ فإن من الرجال من يلجأ إلى الزواج من الأجنبيات ؛ التماساً لقلة التكاليف ، وفراراً من ثقلها في بلدانهم ، ولا يخفى ضرر الزواج بالأجنبيات غير المسلمات على الزوج وعلى الأولاد .

من أجل هذا كلِّه ودفعاً للمفاسد التي تحصل عند غلاء المهور وارتفاع تكاليف الزواج ، وجب على ولي الأمر التدخل لتقييد المباح بتحديد قدر أعلى لأكثر المهر لا يُسمح لأحد بتجاوزه .

٣- عدم صحة الاستدلال بقوله تعالى : ﴿ وَءَاتَيْتُمْ إِحْدَىٰهُنَّ قِنطَارًا ﴾[١]، على جواز التوسع في المهور ، « ذلك أن الآية إنما وردت مورد الزجر في المبالغة عن أخذ شيء من مال المرأة ، سواء كانت مطلقة أو معلقة ، من كل ما ملكته من زوجها بطريق العطاء أو الصدقة أو الصداق »[٢]، وقد أشار الرازي إلى ذلك فقال : « وعندي أن الآية لا دلالة فيها على جواز المغالاة ؛ لأن قوله تعالى : ﴿ وَإِنْ أَرَدتُّمُ ٱسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَءَاتَيْتُمْ إِحْدَىٰهُنَّ قِنطَارًا ﴾[٣] لا يدل على جواز إيتاء القنطار ، كما أن قوله تعالى: ﴿ لَوْ كَانَ فِيهِمَآ ءَالِهَةٌ إِلَّا ٱللَّهُ لَفَسَدَتَا ﴾[٤]، لا يدل على حصول الآلهة ، والحاصل أنه لا يلزم من جعل الشيء شرطاً لشيء آخر ، كون ذلك الشرط في نفسه جائز الوقوع »[٥].

ثانياً : مناقشة الأدلة :

---

(١) سورة النساء: الآية (٢٠).

(٢) آل محمود، مجموعة رسائل الشيخ عبد الله آل محمود، ص٣٥١.

(٣) سورة النساء: الآية (٢٠).

(٤) سورة الأنبياء: الآية (٢٢).

(٥) الرازي، محمد بن عمر، مفاتيح الغيب، بيروت – لبنان، دار الكتب العلمية، ط١، ١٤٢١هـ-٢٠٠٠م، ١٢/١٠.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

تبين مما سبق أن القول بتحديد أكثر الصداق مبني على : نهي عمر بن الخطاب ﷺ عن التغالي في الصداق ، وعلى قاعدة دفع الضرر ، وعلى نفي أن يكون في قوله تعالى :﴿ وَءَاتَيْتُمْ إِحْدَىٰهُنَّ قِنطَارًا ﴾[1] ما يدل على إباحة التوسع في المهور.

وقد نوقشت هذه الأدلة بما يلي :

١- مناقشة نهي عمر بن الخطاب ﷺ عن التغالي في المهور :

وقد نوقش هذا الدليل بأمرين :

الأمر الأول : أنه قد جاء في بعض الروايات رجوع عمر بن الخطاب ﷺ عن رأيه ، وأمره الناس أن يبقوا على حالتهم من التوسع في المهور على حسب رغبتهم وإرادتهم .

وكان سبب رجوع عمر بن الخطاب ﷺ عن أمره بتحديد الحدّ الأعلى للمهر ، هو اعتراض امرأة عليه ، وتنبيهه إلى خطئه في التحديد ، فقد جاء في بعض الروايات : « أن عمر بن الخطاب ﷺ خطب الناس ، فحمد الله تعالى وأثنى عليه ، وقال : ألا لا تغالوا في صداق النساء ، فإنه لا يبلغني عن أحد ساق أكثر من شيء ساقه رسول الله ﷺ أو سيق إليه ، إلا جعلت فضل ذلك في بيت المال ، ثم نزل ، فعرضت له امرأة من قريش ، فقالت يا أمير المؤمنين : أكتاب الله أحق أن يُتّبع أو قولك ؟ قال: بل كتاب الله تعالى ، فما ذاك ؟ قالت : نهيت الناس آنفاً أن يُغالوا في صداق النساء ، والله تعالى يقول في كتابه : ﴿ وَءَاتَيْتُمْ إِحْدَىٰهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْـًٔا ﴾[2]، فقال عمر ﷺ : كل أحد أفقه من عمر ، مرتين أو ثلاثاً ، ثم رجع إلى المنبر ، فقال للناس : إني كنت نهيتكم أن تغالوا في صداق النساء ، ألا فليفعل الرجل في ماله ما بدا له »[3].

---

(١) سورة النساء: الآية (٢٠).

(٢) سورة النساء: الآية (٢٠).

(٣) البيهقي، سنن البيهقي الكبرى، كتاب الصداق، باب النكاح ينعقد بغير مهر...، ح(١٤١١٤)، ٢٣٣/٧، قال البيهقي عنه: "منقطع".

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library Yarmouk University

وجاء في رواية أخرى : «... فقالت امرأة : ليس ذلك لك يا عمر ، إن الله يقول : ﴿ وَءَاتَيْتُمْ إِحْدَىٰهُنَّ قِنطَارًا ﴾[1] ، فقال عمر: إن امرأة خاصمت عمر فخصمته »[2].

وعليه لا يصلح الاستدلال بقول عمر ﷺ على جواز تحديد المهر ؛ لرجوعه عن رأيه ، وإقراره بخطئه في ذلك[3].

وقد أجيب أو ردّ على هذا : بأنه لم يصح عن عمر بن الخطاب ﷺ أنه تراجع عن رأيه في تحديد المهور لاعتراض امرأة عليه ، إذ لو كان رجوعه عن رأيه صحيحاً لما خفي على الصحابة رجالهم ونسائهم ، وقد خطب به على رؤوسهم ، فلم يُحفظ عن أحد منهم القول به ، وقد أورد أهل السنن نهيه عن كثرة الصداق ، ولم يذكروا معارضة المرأة له[4]، وقد أشار ابن حجر إلى ذلك فقال : « إن أصل قول عمر: لا تغالوا في صدقات النساء ، هو عند أصحاب السنن ، لكن ليس فيه قصة المرأة »[5].

ويقول الشيخ عبد الله آل محمود : « ومن المعلوم أن معارضة المرأة لعمر بن الخطاب ﷺ قد اشتهرت وانتشرت ، وعمّ العلم بها جميع مشارق الأرض ومغاربها ، فلا تجد عالماً ولا عامياً إلا ويحفظها ؛ فكانت من الضعيف المشهور »[6].

الأمر الثاني :

---

(١) سورة النساء: الآية (٢٠).

(٢) عبد الرزاق، مصنف عبد الرزاق، كتاب النكاح، باب غلاء الصداق، ح(١٠٤٢٠)، ١٨٠/٦.

(٣) ينظر: زيدان، المفصل، ٧٣/٧-٧٤.

(٤) آل محمود، مجموعة رسائل الشيخ عبد الله بن زيد، ص٣٥٢.

(٥) ابن حجر، فتح الباري، ٢٠٤/٩.بتصرف يسير ، وقد حقق الشيخ الألباني ذلك فقال: « لا شك في صحة ما ورد عن عمر بن الخطاب ﷺ من نهية الزيادة في مهور النساء ، لوروده عنه من عدّة طرق...، وإذا تبيّن هذا التحقيق عُرف أن خطبة عمر وردت عنه من خمسة طرق، ليس فيها قصة المرأة، وعُرف أيضاً أن هذه القصة ضعيفة منكرة لا تصح » الألباني، محمد ناصر الدين، حول المهر، www.alalbany.net.

(٦) آل محمود، مجموعة رسائل الشيخ عبد الله بن زيد، ص٣٦٦.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

أن نهي عمر بن الخطاب ﷺ عن المغالاة في المهور وتحديده لأعلاه إنما كان على سبيل الندب والإرشاد ، لا على سبيل التحريم والإلزام ، وقد أشار ابن العربي إلى ذلك فقال : « وهذا لم يقله عمر ﷺ على طريق التحريم ، وإنما أراد به الندب إلى التعليم ، وقد تباهى الناس في الصدقات ، حتى بلغ صداق امرأة ألف ألف ، وهذا قلّ أن يوجد من حلال »[1].

٢- مناقشة نفي صحة دلالة بقوله تعالى: ﴿ وَءَاتَيْتُمْ إِحْدَىٰهُنَّ قِنطَارًا ﴾[2] على أنه لا حدّ لأكثر المهر:

وقد نوقش ذلك بأمرين :

الأمر الأول : أن القول بعدم صحة الاستدلال بهذه الآية على أنه لا حدّ لأكثر المهر ، فيه مخالفة لما اتفق عليه العلماء ،من الفقهاء والمفسرين والمحدثين من صحة الاستدلال بهذه الآية على عدم تحديد الصداق ، فقد استدلّ بهذه الآية الإمام الشافعي فقال : « ودلّ قول الله عزّ وجلّ : ﴿ وَءَاتَيْتُمْ إِحْدَىٰهُنَّ قِنطَارًا ﴾[3] على أن لا وقت في الصداق ، كثر أو قلّ ؛ لتركه النهي عن القنطار ، وهو كثير»[4]، واستدل بها كثير من المفسرين على ذلك[5]، وترجم البخاري في صحيحه : باب قوله تعالى: ﴿ وَءَاتُواْ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَٰتِهِنَّ نِحْلَةً ﴾[6] ، وكثرة المهر وأدنى ما يجوز من الصداق ، وقوله تعالى: ﴿ وَءَاتَيْتُمْ إِحْدَىٰهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُواْ مِنْهُ شَيْـًٔا ﴾[7]، فدلّ ذلك على صحة الاستدلال بهذه الآية، ولا عبرة بما ذكره الرازي ؛ لمخالفته ما اتفق عليه أغلب العلماء .

---

(١) ابن العربي، أحكام القرآن، ٤٧٠/١.

(٢) سورة النساء: الآية (٢٠).

(٣) سورة النساء: الآية (٢٠).

(٤) الشافعي، محمد بن إدريس، الأم، بيروت – لبنان، دار المعرفة، ط٢، ١٣٩٣هـ، ٥٨/٥.

(٥) ينظر: ابن العربي، أحكام القرآن، ٤٦٩/١، القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ١٠٠/٥، ابن كثير، تفسير ابن كثير، ٤٦٧/١.

(٦) سورة النساء: الآية (٤).

(٧) سورة النساء: الآية (٢٠).

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

الأمر الثاني : أنه على فرض التسليم بعدم صحة الاستدلال بالآية على أنه لأحد لأكثر المهر ، فإن القول بعدم التحديد ليس مبنياً على هذه الآية وحدها ، بل مستند ذلك عدم ورود نص شرعي صريح يحدد أعلى المهر، إضافة إلى الاستدلال بالعمومات الواردة في بعض الآيات القرآنية، كقوله تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ أَن تَبْتَغُواْ بِأَمْوَٰلِكُم مُّحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَٰفِحِينَ﴾ [1]، يقول الإمام الرازي في تفسير هذه الآية : « الذي يدل على أنه لا تقدير في المهر وجوه : الحجة الأولى : التمسّك بهذه الآية ، وذلك لأن قوله تعالى :﴿ بِأَمْوَٰلِكُم﴾ مقابلة الجمع بالجمع ، فيقتضي توزع الفرد على الفرد ، فهذا يقتضي أن يتمكّن كل واحد من ابتغاء النكاح بما يُسمى مالاً ، والقليل والكثير في هذه الحقيقة وفي هذا الاسم سواء »[2].

٣- مناقشة مفاسد المغالاة في المهور ومضار عدم تحديده :

وأما القول بأن المغالاة في المهور أدّت إلى مفاسد عديدة ، كانتشار العنوسة ، والعزوف عن الزواج ، وانتشار الفواحش بين الرجال والنساء ، فإن الضرر قد حصل فعلاً في بعض المجتمعات بسبب غلاء المهور ، ولكن لا نسلم أن عدم التحديد أكثر ضرراً من التحديد ، ذلك أن تحديد ولي الأمر للحدّ الأعلى للمهر لا يخلو من بعض المفاسد أيضاً ، ومن أظهرها : لجوء الناس ـ احتيالاً على التحديد ـ إلى اعتماد مهرين : الأول : مهر السرّ، والثاني : مهر العلانية ، ولا شك أن ذلك سيكون سببا للتنازع والشقاق والخلاف ، لا سيما عند حصول الفرقة بطلاق أو وفاة ، إضافة إلى أن جعل حدّ أعلى للمهور لا يحلّ مشكلة العزوف عن الزواج ، بل يعقدها ولا يحققها ؛ لأن هذا الحدّ الأعلى الذي قرّره ولي الأمر وألزم الناس به قد يكون أقل مما تطمح إليه المرأة أو أولياؤها ،

---

(١) سورة النساء: الآية (٢٤).

(٢) الرازي، مفاتيح الغيب، ٣٩/١٠.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

وبالتالي سيترتب على ذلك إما الزيادة على المهر المحددّ سرّاً أو رفض الزواج وتعقيده ، وفي كلا الأمرين ما لا يخفى من الفساد[1].

الترجيح :

بعد هذا العرض الذي تقدّم لآراء الفقهاء المعاصرين في حكم تحديد ولي الأمر للحدّ الأعلى للمهر ، وأدلتهم عليها ومناقشة تلك الأدلة ، يتبين أن هؤلاء الفقهاء متفقون على عدة أمور منها :

أ- إنه لم يرد في الشرع نص يحدد أعلى المهر وأكثره ، وأن النصوص الشرعية تُرغِّب في تقليل المهور ، وكراهية المغالاة فيها .

ب- إن غلاء المهور قد أدى إلى كثير من المفاسد ، وإن أضرار ذلك قد حصل فعلاً في كثير من المجتمعات ، بحيث أصبح المهر عقبة في طريق زواج كثير من الشباب .

غير أن الخلاف بين الفريقين إنما هو في التعارض بين مفاسد المغالاة في المهور ومصالح التحديد ؟

فالقائلون بجواز تحديد ولي الأمر لأعلى المهر ، يرون أن مصالح التحديد تربو على مفاسده، وأن التحديد يقضي على أغلب مفاسد المغالاة في المهور والتوسع فيها .

وأما القائلون بعدم جواز التحديد ، فيرون أن لا مصلحة في التحديد ، أو أنها مصلحة مرجوحة ، وبالنظر إلى المفاسد التي تحصل من التحديد فإنه لا يعتبر علاجاً واقعياً ناجحاً لمشكلة المغالاة في المهور ، بل الواجب في نظر هؤلاء ترك تحديد المهر إلى اتفاق وتراضي الرجل والمرأة وأوليائها ، مع الاعتناء بتوعية الناس وإرشادهم وترغيبهم في تخفيف المهور وتيسير تكاليف الزواج.

والذي يظهر ترجيحه ـ والله أعلم ـ القول بجواز تحديد ولي الأمر للحدّ الأعلى للمهر ؛ نظراً للمفاسد المترتبة على عدم التحديد ، خاصة مع ضعف الوازع الديني لدى كثير من الناس ، وعدم

---

(١) ينظر: زيدان، المفصل، ٧/٧٥-٧٦.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

استجاباتهم لما يسمعونه من المواعظ والخطب التي تدعوهم إلى التخفيف في المهور وعدم المغالاة فيها ، وفي فعل عمل بن الخطاب ﷺ ونهيه عن المغالاة دليل واضح صريح على المصلحة في ذلك ، إضافة إلى أن المفاسد التي ذُكرت للتحديد لا توازي المصالح المرجوة منه .

كما ينبغي أيضاً ألا يقتصر المنع على في الزيادة على المهر فقط ، بل ينبغي أن يمتدّ ذلك إلى باقي تكاليف الزواج الأخرى ، من ولائم وحفلات ، والتي أسرف فيها الناس كثيراً ، فينبغي على ولي الأمر منع الإسراف في هذه الولائم والحفلات ، ومعاقبة من أسرف في ذلك بعقوبة رادعة تكبح جماح الناس عن فعل ذلك .

وينبغي أيضاً أن يُراعى في القدر المحدد لأعلى المهر مصلحة الطرفين ، بحيث لا يقع ضرر على الرجل والمرأة في هذا التحديد ، إضافة إلى أنه ينبغي مراجعة القدر المُحدَّد بين فترة وأخرى ، تبعاً لتبدّل ظروف الحياة وتغيّرها .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

المطلب الخامس

تقييد تعدد الزوجات

الفرع الأول : الموقف الشرعي من تعدد الزوجات :

أولاً : حكم تعدد الزوجات :

المقصود بتعدد الزوجات : هو أن يجمع الرجل في عصمته أكثر من زوجة واحدة .

وقد أباحت الشريعة الإسلامية للرجل أن يتزوج واحدة، أو اثنتين ، أو ثلاثاً ، أو أربعاً ، يقول الله تعالى: ﴿ فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ مَثْنَىٰ وَثُلَٰثَ وَرُبَٰعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُواْ فَوَٰحِدَةً ﴾[1].

ففي هذه الآية الكريمة دليل على إباحة زواج الرجل بأكثر من زوجة ، وصيغة الأمر وإن كان الأصل أنها للوجوب ، إلا أنها في هذه الآية محمولة على الإباحة باتفاق الفقهاء[2].

وقد ثبت إباحة التعدد أيضاً في السنة النبوية، فعن أبي هريرة ﷺ أن رسول الله ﷺ قال : « لا يجمع بين المرأة وعمتها ، ولا بين المرأة وخالتها »[3]، فالنهي عن الجمع بين من ذُكِر يدلّ على جواز الجمع بين غيرهن ، كما ثبت عنه أيضاً ﷺ أنه قال لغيلان الثقفي وقد أسلم وفي عصمته عشر نسوة : « اختر منهن أربعاً »[4].

وأجمع الفقهاء على إباحة زواج الرجل بأكثر من زوجة بشرط الالتزام بالقيود الشرعية على التعدد[5].

---

(١) سورة النساء : الآية (٣) .

(٢) ينظر : ابن كثير، تفسير ابن كثير، ٤٥١/١، ابن قدامة، المغني، ٤/٧.

(٣) سبق تخريجه ، ص٤٥ .

(٤) الترمذي ، سنن الترمذي، كتاب النكاح، باب ما جاء في الرجل يسلم وعنده عشر نسوة، ح(١١٢٨) ابن ماجه ، سنن ابن ماجه ، كتاب النكاح ، باب الرجل يسلم وعنده أكثر من أربع نسوة ، ح (١٩٥٢).

(٥) ابن قدامة، المغني، ٦٤/٧-٦٥.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

ثانياً : القيود الشرعية على التعدد :

إذا كانت الشريعة الإسلامية قد أباحت تعدد الزوجات ، فإنها لم تدع هذه الإباحة مطلقة من كل قيد وشرط ، بل قيّدت هذا المباح بقيود ، واشترطت على من أراد أن يُعدِّد جملة من الشروط يجب عليه الالتزام بها[1]، وهذه القيود والشروط هي :

١- منع الزيادة على أربع زوجات :

فلا يحلّ للرجل أن يجمع في عصمته أكثر من أربع زوجات في وقت واحد ، والدليل على ذلك قول الله تعالى : ﴿ فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ مَثْنَىٰ وَثُلَٰثَ وَرُبَٰعَ ﴾[2] فدلت هذه الآية على عدم جواز الزيادة على أربع زوجات ، ويدلّ لذلك أيضاً قول رسول الله ﷺ لغيلان الثقفي وقد أسلم وتحته عشر نسوة : « اختر منهن أربعاً »[3] ، فدلّ ذلك على عدم جواز الزيادة على أربع ، وقد أجمع الفقهاء ممن يُعتدّ بقولهم على ذلك ، وقد أنكر القرطبي على من خالف هذا الإجماع ورأى جواز الزيادة على أربع زوجات ، فقال : « وقال بعضهم بجواز الزيادة على أربع[4]...، وهذا جهل باللسان والسنة ، ومخالفة لإجماع الأمة ، إذ لم يُسمع عن أحد من الصحابة ولا التابعين أنه جمع في عصمته أكثر من أربع »[5].

٢- منع الجمع في التعدد بين من يحرم الجمع بينهن :

فقد حرّم الإسلام على من أراد التعدد أن يجمع في عصمته بين الأختين ، يقول الله تعالى بعد ذكر من يحرم الزواج بهن : ﴿ وَأَن تَجْمَعُواْ بَيْنَ ٱلْأُخْتَيْنِ ﴾[6]، ونهى النبي ﷺ عن الجمع بين

---

(١) ينظر: عقلة، نظام الأسرة في الإسلام، ٣١١/١، الشنقيطي: محمود مصطفى، تعدد الزوجات وأثره في المجتمع، أبو ظبي – الإمارات، دار الكتب الوطنية، ص١١، عبيدات، رافع محمد، موقف الإسلام من تعدد الزوجات، اربد – الأردن، دار الكتاب، ١٤٢١هـ-٢٠٠١م، ص٨٠.

(٢) سورة النساء: الآية (٣).

(٣) سبق تخريجه قريباً.

(٤) لا يقدح في هذا الإجماع ما ذهبت إليه بعض الفرق كالرافضة من الشيعة من جواز الزيادة على أربع زوجات ؛ لأن هذا أولاً خلاف شاذ ، والخلاف الشاذ لا يقدح في الإجماع ، وثانياً : لأن لم يقل به أهل العلم ممن يُعتبر خلافهم .

(٥) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ١٧/٥.

(٦) سورة النساء: الآية (٢٣).

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

المرأة وعمّتها ، والمرأة وخالتها ، وقد علّل رسول الله ﷺ حرمة هذا الجمع بقوله : « إنكم إن فعلتم ذلك قطعتم بين أرحامكم »[1].

٣- **وجوب العدل بين الزوجات :**

قال تعالى : ﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً ﴾[2] فقد أمر الله تعالى بالاقتصار على واحدة عند خوف عدم العدل بين الزوجات .

ووردت أحاديث كثيرة تأمر بالعدل بين الزوجات ، وتنهى عن الظلم والجور ، فعن أبي هريرة ﷺ قال : قال رسول الله ﷺ : « إذا كان عند الرجل امرأتان فلم يعدل بينهما جاء يوم القيامة وشِقّه ساقط »[3].

والعدل المطلوب تحقيقه كشرط لإباحة تعدد الزوجات : هو أن يُسوِّي الزوج بين زوجاته في المعاملة الظاهرة التي يملك بإرادته التسوية فيها ، كالنفقة والمبيت والكسوة ، أما ما لا يملك الرجل التسوية بين الزوجات فيه ، كالحبّ القلبي والميل لإحداهن، فالمطلوب منه محاولة العدل ، ولا عليه إن لم يستطع تحقيقه ؛ إذ لا اختيار للإنسان في الحب والكراهية ، يقول ابن حجر : « المراد بالعدل : التسوية بين الزوجات بما يليق بكل منهن ، فإذا وفّى لكل منهن كسوتها ونفقتها والإيواء إليها ، لم يضره ما زاد على ذلك من ميل قلب إلى إحداهن »[4].

---

(١) الطبراني: سليمان بن أحمد، المعجم الكبير، تحقيق: حمد بن عبد المجيد، الموصل – العراق، مكتبة الزهراء، ط٢، ١٤٠٤هـ-١٩٨٣م، ح(١١٩٣١)، ٣٣٧/١١.

(٢) سورة النساء: الآية (٣).

(٣) الترمذي، سنن الترمذي، كتاب النكاح، باب ما جاء في التسوية بين الضرائر، ح(١٤١١) أبو داود، سنن أبي داود، كتاب النكاح، باب القسم بين النساء، ح(٢١٣٣) النسائي، سنن النسائي، كتاب النكاح، باب ميل الرجل إلى بعض نسائه دون بعض، ح(٣٩٤٢) ابن ماجه، سنن ابن ماجه، كتاب النكاح، باب القسمة بين النساء، ح(١٩٦٩).

(٤) ابن حجر ، فتح الباري ،٣١٣/٩ .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

ولهذا كان رسول الله ﷺ يعدل في الجانب المادي بين زوجاته ويقول : « اللهم هذا قسمي فيما أملك ، فلا تلُمني فيما تملك ولا أملك »[1].

وبهذا وفّق العلماء بين العدل المطلوب في آية إباحة التعدد ، وبين العدل المنفي في قوله تعالى : ﴿ وَلَن تَسْتَطِيعُوٓاْ أَن تَعْدِلُواْ بَيْنَ ٱلنِّسَآءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ فَلَا تَمِيلُواْ كُلَّ ٱلْمَيْلِ فَتَذَرُوهَا كَٱلْمُعَلَّقَةِ ﴾[2].

فالعدل المنفي في هذه الآية هو العدل القلبي ، وبهذا يكون موضوع العدل المذكور في هذه الآية يختلف عن موضوع العدل الوارد في آية التعدد .

٤- القدرة على الإنفاق :

فقد اشترط القرآن الكريم على من أراد التعدد القدرة على الإنفاق قال تعالى : ﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُواْ فَوَٰحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ ذَٰلِكَ أَدْنَىٰٓ أَلَّا تَعُولُواْ ﴾[3]، فقد فُسر قوله تعالى: ﴿ أَلَّا تَعُولُواْ ﴾ بألا تكثر عيالكم[4]، ذلك أن التعدد مظنة الإكثار من العيال ، مما يستوجب زيادة النفقة ، فمن لم تكن عنده القدرة على الإنفاق على الزوجة وأولادها فلا ينبغي له أن يُعدِّد .

والتكليف بمراعاة القيدين الأخيرين ـ العدل والقدرة على الإنفاق ـ مرجعه إلى الشخص نفسه ؛ لأنه هو الذي يعلم من نفسه القدرة على العدل والنفقة من عدمه ، ولهذا قال الفقهاء بأن

---

(١) الترمذي، سنن الترمذي، كتاب النكاح، باب ما جاء في التسوية بين الضرائر، ح(١١٤٠) أبو داود ، سنن أبي داود ، كتاب النكاح ، باب القسم بين النساء، ح(٢١٣٤) النسائي، سنن النسائي، كتاب النكاح، باب ميل الرجل إلى بعض نسائه دون بعض، ح(٣٩٤٣) ابن ماجه، سنن ابن ماجه، كتاب النكاح، باب القسمة بين النساء، ح(١٩٧١) ، قال الحاكم :« هذا حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه» الحاكم ، المستدرك ، ٢٠٤/٢ .

(٢) سورة النساء: الآية (١٢٩).

(٣) سورة النساء : الآية (٣).

(٤) قال ابن العربي : « اختلف الناس في تأويله على ثلاثة أقوال : الأول: ألا يكثر عيالكم ، قاله الشافعي ، الثاني: ألا تضلوا ، قاله مجاهد ، الثالث: ألا تميلوا ، قاله ابن عباس والناس »، ابن العربي، أحكام القرآن، ٤١٠/١.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

العقد يعتبر صحيحاً مع عدم توافر القيدين أو أحدهما ، واعتبروا الشخص آثماً بإقدامه على الزواج مع الخوف من عدم تحققهما منه[1].

الفرع الثاني : موقف قوانين الأحوال الشخصية من تعدد الزوجات :

إذا كان الفقه الإسلامي قد أباح تعدد الزوجات بالقيود والشروط السابق بيانها ، فإن قوانين الأحوال الشخصية في البلاد العربية قد اتّجهت اتجاهات مختلفة من تعدد الزوجات.

فقد اتّجهت أغلب هذه القوانين إلى تقييد إباحة تعدد الزوجات بقيود زائدة على القيود الشرعية ، ويُعتبر قانون الأحوال الشخصية الإماراتي أخفّ هذه القوانين في فرض قيود إضافية على تعدد الزوجات ، فقد اكتفى القانون بالقيود التي نص عليها الفقهاء ، فجاءت المادة (٤٧) : « المحرمات بصورة مؤقتة: ...، ٢- الجمع بين أكثر من أربع نسوة »، وجاء في المادة (٥٥) عند الحديث عن حقوق الزوجة على زوجها : « العدل بينها وبين بقية الزوجات إن كان للزوج أكثر من زوجة ».

أما باقي القوانين فقد قيّدت إباحة تعدد الزوجات بقيود عديدة ، منها ما يرجع إلى الشخص المُعدّد نفسه ، ومنها ما يرجع إلى القاضي الذي يأذن بالتعدد ، ومن أبرز هذه القيود ما يلي :

١- تقييد إباحة التعدد بإذن القاضي :

فقد نصّت معظم القوانين على وجوب أخذ من أراد أن يُعدد إذناً من القاضي بالتعدد ، فقد جاء في المادة الثالثة عشر من قانون الزواج والطلاق الليبي : « يجوز للرجل أن يتزوج بامرأة أخرى إذا وُجدت أسباب جدية وبتوافر أحد الشرطين الآتيين : ١ - موافقة الزوجة التي في عصمته أمام المحكمة. ٢- صدور حكم بالموافقة من المحكمة الجزائية المختصة » ، فظاهر هذه المادة أن الرجل لا يملك أن يتزوج بأكثر من امرأة واحدة حتى يتحصّل على إذن من المحكمة بذلك ، وجاء

---

(١) ينظر : شلتوت ، الإسلام عقيدة وشريعة ، ص ١٧٤ .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

في المادة (٨) من قانون الأسرة الجزائري ما نصّه : « يُسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وُجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل ، ويجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة والمرأة التي يُقبل على الزواج بها ، وأن يُقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة ، ويمكن رئيس المحكمة أن يُرخّص بالزواج الجديد » .

٢- وجوب تأكد القاضي من وجود المبرر الشرعي للزواج الجديد وقدرة الرجل على الإنفاق :

فقد نصت بعض القوانين على تقييد إباحة التعدد بوجود المُبرّر الشرعي لهذا الزواج، فجاء في المادة (٤١) من مدونة الأسرة المغربية : « لا تأذن المحكمة بالتعدد : إذا لم يثبت لها المبرر الموضوعي الاستثنائي ، وإذا لم تكن لطالبه الموارد الكافية لإعالة أسرتين ، وضمان جميع الحقوق من نفقة وإسكان ومساواة في جميع أوجه الحياة » ، وجاء في المادة (٨) من قانون الأسرة الجزائري: « يمكن رئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد ، إذا تأكد من موافقتهما ، وأثبت الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية » ، وأوجب قانون الأحوال الشخصية الأردني على القاضي التأكد من قدرة من أراد التعدد على المهر والنفقة ، فجاء في المادة (١٣): « يجب على القاضي قبل إجراء عقد الزواج المتزوج التحقق مما يلي: ١- قدرة الزوج المالية على المهر ، ٢- قدرة الزوج على الإنفاق على من تجب عليه نفقته ».

٣- وجوب إعلام الزوجة الجديدة والزوجة السابقة بالزواج السابق واللاحق :

فقد قيّدت القوانين إباحة التعدد بوجوب إعلام الزوجة الأولى برغبة زوجها في التزوج عليها ، وإعلام الزوجة الثانية بأن مريد الزواج بها متزوج بغيرها ، فقد جاء في المادة (٨) من قانون الأسرة الجزائري : « يجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة والمرأة التي يُقبل على الزواج بها » ، فقد جعلت هذه المادة إخبار الزوجتين وإعلامهما بالزواج السابق والجديد شرطاً للحصول على ترخيص للإذن بالزواج الجديد ، وأسندت مهمة الإخبار للزوج، بخلاف قانون الأحوال الشخصية

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

الأردني الذي نصّ على أن مسؤولية إخبار الزوجتين تقع على القاضي والمحكمة لا على الزوج ، إضافة إلى أن القانون الأردني فرّق بين إخبار الزوجة الأولى والزوجة الثانية ، حيث جعل إخبار الزوجة الثانية واجباً قبل إجراء العقد ، وإخبار الزوجة الأولى واجباً بعد العقد ، فقد جاء في المادة (١٣) : « أ- يجب على القاضي قبل إجراء عقد الزواج المتزوج التحقق مما يلي : ... ٢- إفهام المخطوبة بأن خاطبها متزوج بأخرى ، ب- على المحكمة تبليغ الزوجة الأولى أو الزوجات إن كان للزوج أكثر من زوجة بعقد الزواج بعد إجرائه ».

٤- وجوب موافقة الزوجة الأولى :

نصّت بعض القوانين على أنه يشترط لإباحة التعدد موافقة الزوجة الأولى على الزواج الجديد ، فقد جاء في المادة (١٣) من قانون الزواج والطلاق الليبي ما نصّه : « يجوز للرجل أن يتزوج بامرأة أخرى إذا وُجدت أسباب جدية ، وبتوافر أحد الشرطين الآتيين : ١- موافقة الزوجة التي في عصمته أمام المحكمة الجزئية المختصة » ، وجاء في المادة (٨) من قانون الأسرة الجزائري : "يمكن رئيس المحكمة أن يُرخِّص بالزواج الجديد ، إذا تأكد من موافقتهما ، وأثبت الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية » .

وأعطت مدونة الأسرة المغربية للمرأة المتزوج عليها الحق في طلب الطلاق إذا لم توافق على الزواج الجديد ، فجاء في المادة (٤٥) : « إذا ثبت للمحكمة من خلال المناقشات تعذر استمرار العلاقة الزوجية ، وأصرّت الزوجة المراد التزوج عليها على المطالبة بالتطليق ، حدّدت المحكمة مبلغاً لاستيفاء كافة حقوق الزوجة وأولادهما الملزم الزوج بالإنفاق عليهم ، وتصدر المحكمة بمجرد الإيداع حكماً بالتطليق » .

وأما عقوبة ترك هذه القيود وعدم الالتزام بها ، فقد نصّ قانون الزواج والطلاق الليبي على بطلان أيِّ زواج لا يتقيّد بالقيود الواردة في القانون لإباحة التعدد ، فجاء في المادة (٣١): « ويترتب على عدم مراعاة أحد هذين الشرطين : بطلان الزواج ، وللمرأة الأولى أن تتقدَّم بدعوى شفوية أو

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

كتابية ترفعها لطلب تطليق الزوجة الثانية » ، وأما قانون الأسرة الجزائري فقد نصّ على فسخ عقد الزواج الجديد قبل الدخول في حالة عدم الالتزام بما ورد فيه من قيود لإباحة التعدد ، فجاء في المادة (٨) : « يُفسخ الزواج الجديد قبل الدخول ، إذا لم يستصدر الزوج ترخيصاً من القاضي وفقاً للشروط المنصوص عليها ».

ثانياً : أسباب تقييد إباحة التعدد في قوانين الأحوال الشخصية :

يتبيّن مما سبق أن قوانين الأحوال الشخصية بإيجابها قيوداً إضافية على التعدد ، قد قيّدت هذا المباح، ومنعت من ترك ما أوجبته وفرضته من قيود وشروط للتعدد ، واعتبرت مخالفة هذا التقييد جريمة يستحق فاعلها عقوبة .

وقد بنت هذه القوانين إيجابها لقيود إضافية على إباحة التعدد على عدة أسباب[1]، من أهمّها ما يلي :

١- فوضى تعدد الزوجات ، ولجوء كثير من الأزواج إليه مع عدم الحاجة ، بحيث صار التعدد وسيلة لقضاء الشهوة وتحصيل اللذة ، دون المبالاة بما يترتب عليه من نتائج وآثار.

٢- سوء معاملة كثير من الأزواج لزوجاتهم نظراً لضعف الوازع الديني ، وعدم القدرة على التعامل مع ما يحصل بين الزوجات من خصام وخلافات نتيجة الغيرة والتنافس بينهن .

٣- لجوء كثير من الأزواج إلى التعدد مع عدم القدرة المالية على الإنفاق ، مما يترتب عليه ضياع العائلات نتيجة الفقر.

---

(١) ينظر : أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره ، ص١٣٦، السباعي، المرأة بين الفقه والقانون، ص١٠٨، عقلة، نظام الأسرة في الإسلام، ٣٢٢/١، العمراني، الاجتهاد الفقهي المعاصر، ص٤٠٨، عشا، غسان، الزواج والطلاق وتعدد الزوجات في الإسلام، بيروت لبنان، دار الساقي، ط١، ٢٠٠٤م، ص٩٤، الصراف، شيماء، أحكام المرأة بين الاجتهاد والتقليد، بيروت – لبنان، مؤسسة الانتشار العربي، ط١، ٢٠٠٨م، ٥٦، حقي، خاشع، تعدد الزوجات أم تعدد الخليلات، بيروت – لبنان، دار ابن حزم، ط١، ١٤١٧هـ-١٩٩٧م، ٤٤.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

٤- إخفاء كثير من الأزواج على زوجاتهم رغبتهم بالزواج ، وعدم إعلامهن بذلك ، مما يُعدّ غشاً وخداعاً وتدليساً لا يتناسب مع الحياة الزوجية .

٥- سوء تربية الأولاد في البيوت التي فيها أكثر من زوجة ، نتيجة الخلافات الزوجية مما يؤدي إلى غياب جو السكن والصفاء في هذه البيوت ، وبالتالي إهمال تربية الأولاد وتهذيب أخلاقهم .

فنظراً لما يترتب على التعدد من مفاسد أسرية ومضار اجتماعية ، بحيث صار التعدد إفسادياً لا إصلاحياً ، وأن المفاسد المترتبة عليه زادت على المصالح المرجوة منه ، ودرء المفسدة مقدم على جلب المصلحة ، وجب تقييده بإذن القاضي ونحوها من القيود التي تضمن عدم وقوع هذه المفاسد لتعدد الزوجات .

الفرع الثالث : آراء الفقهاء المعاصرين في تقييد إباحة تعدد الزوجات :

قبل بيان آراء الفقهاء في حكم تقييد إباحة تعدد الزوجات نشير إلى أن الدعوة إلى تقييد التعدد إنما ظهرت في العصر الحاضر ، وكان من أوائل الداعين إليها من العلماء الشيخ محمد عبده ، ثم تبعه بعد ذلك بعض تلامذته وغيرهم ممن تبنّى فكره[1] .

وقد ثار جدل بين المتأخرين من الفقهاء في جواز تقييد التعدد بقيود زائدة على القيود الشرعية ، بحيث لا يُسمح بالتعدد إلا بعد التحقق من توافر هذه الشروط في مريد الزواج بأكثر من زوجة .

---

(١) اختلف الدارسون في تحديد موقف الشيخ محمد عبده من التعدد ، فيرى البعض أن رأي الشيخ هو المنع إلا لضرورة ، ويرى آخرون أن موقف الشيخ هو تقييد التعدد لا منعه ، يقول الشيخ مصطفى السباعي : « لم ينصح الشيخ محمد عبده عما يراه بخصوص التعدد ، هل هو منع التعدد أو تقييده بقيود تُقلّل من وقوعه ومن أضراره » ، ينظر : السباعي ، المرأة بين الفقه والقانون ، ص ١٠٧ ، أبو زهرة ، محمد ، تنظيم الأسرة وتنظيم النسل ، القاهرة-مصر ، دار الفكر العربي ، ١٤٢٦هـ-٢٠٠٥م ، ص ١١ .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

فذهب أكثر الفقهاء إلى القول بعدم جواز تقييد إباحة التعدد ، والاكتفاء فيه بما أورده الشارع من قيود[1] .

ورأى بعضهم جواز هذا التقييد اعتماداً على أنه ليس في الشرع ما يمنع من تدخل ولي الأمر لتقييد إباحة التعدد إذا زادت مفاسده على مصالحه ، حيث إن التعدد قد غدا مشكلة جديرة بالتقييد ؛ لما يترتب عليه من ضرر للزوجة ، وتفكك في الأسرة ، وتشرد للأطفال ، نتيجة ما يكون بين الضرائر من الضغائن والأحقاد .

يقول الشيخ محمد عبده بعد ذكره لبعض مفاسد التعدد : « إنه لا سبيل إلى تربية الأمة مع فشو تعدد الزوجات فيها ، فيجب على العلماء ومن بيدهم الأمر النظر في هذه المسألة ، فإن الدِّين إنما أُنزل لمصلحة الناس ، وإن من أصوله منع الضرر والضرار ، فإذا ترتّب على شيء مفسدة في زمن لم تكن تلحقه فيما قبله ، فلا شك في وجوب تغيّر الحكم وتطبيقه على الحال الحاضرة ، بناء على قاعدة درء المفاسد مقدم على جلب المصالح »[2].

وذكر الشيخ المراغي أنه : « يجب على رجال القضاء والفتيا الذين يعلمون أن درء المفسدة مقدم على جلب المصلحة ، أن ينظروا إلى علاجٍ لهذه الحال ، ويضعوا من التشريع ما يكفل منع مفاسد التعدد على قدر المستطاع »[3]، وهو يُلمِّح بكلامه هذا إلى إقرار تقييد التعدد بإذن القاضي .

ثانياً : مناقشة القيود القانونية على تعدد الزوجات :

١- وجوب أخذ إذن من القاضي :

---

(١) كان من أشد المعارضين لفكرة تقييد تعدد الزوجات الشيخ أحمد شاكر والشيخ محمد أبو زهرة ، ومن يقرأ كتابات الشيخين يجد الردود على كثير من دعاة التقييد ، يقول الشيخ أحمد شاكر : « نبتت في عصرنا هذا الذي نحيا فيه نابتة إفرنجية العقل ، نصرانية العاطفة ، رباهم الإفرنج في ديارنا وديارهم .... ، فصار هجيّراهم وديدنهم أن ينكروا تعدد الزوجات ....، وجاراهم في ذلك بعض من ينتسب إلى العلم من أهل الأزهر ....، ثم ذهبوا يتلاعبون بالألفاظ ، وببعض القواعد الأصولية ، فسموا تعدد الزوجات مباحاً ، وأن لولي الأمر أن يقيد بعض المباحات بما يرى من القيود للمصلحة !! » شاكر ، أحمد محمد ، عمدة التفسير عن الحافظ ابن كثير ، ١٠٢/٣-١٠٤ .

(٢) عبده ، محمد ، الأعمال الكاملة ، تحقيق : محمد عمارة ، القاهرة-مصر ، دار الشروق ، ط١، ١٤١٤هـ-١٩٩٣م ، ١٦٤/٥.

(٣) المراغي : أحمد مصطفى ، تفسير المراغي ، بيروت-لبنان ، دار إحياء التراث العربي ، ١٨١/٤ .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

وقد نوقش هذا القيد بأن الخطاب في قوله تعالى : ﴿ فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ مَثْنَىٰ وَثُلَٰثَ وَرُبَٰعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُواْ فَوَٰحِدَةً ﴾[1] مُوجَّه إلى الراغبين في التعدد ، فالخوف من الجور أو العيلة مرجعها الشخص نفسه ؛ لأنه أدرى بحاله من القاضي أو غيره ، يقول الشيخ أحمد شاكر في اشتراط العدالة لإباحة التعدد : « إنه شرط مرجعه لشخص المكلف ، لا يدخل تحت سلطان التشريع والقضاء ، فإن الله تعالى قد أذن للرجل ـ بصيغة الأمر ـ أن يتزوج ما طاب له من النساء ، دون قيد بإذن القاضي ، أو بإذن القانون ، أو بإذن ولي الأمر أو غيره ، وأمره إذا خاف على نفسه ألا يعدل بين الزوجات أن يقتصر على واحدة»[2].

ويقول الشيخ محمود شلتوت : « إن قوله تعالى : ﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُواْ ﴾ خطاب موجه للأفراد في شأن لا يُعرف إلا من جهتهم يرجعون فيه إلى نفوسهم ، ولا سبيل لسلطان حاكم أو يد قانون عليه »[3].

٢- وجوب التأكد من وجود مبرر شرعي للتعدد :

وقد نوقش هذا القيد : بأن اشتراط تصريح من يرغب في التعدد بالأسباب التي دعته إلى ذلك سيؤدي إلى الكشف عما لا يُحبّ أن يبوح به غالباً .

إضافة إلى أن الأسباب التي تدعو الرجل إلى التعدد قد تكون شخصية لا سبيل لإثباتها أمام القضاء ، كدعوى أن زوجته لا تعفه ، أو لا يستطيع القاضي أن يصل إلى ثبوته وتحقيقه إلا بتجريح الزوجة الأولى في حالة ادعاء زوجها عليها عدم صلاحيتها للمعاشرة أو النسل ، ولذلك ينبغي أن يبقى أمر أسباب التعدد في نطاق التقدير الشخصي[4] .

---

(١) سورة النساء: الآية (٣).

(٢) شاكر ، عمدة التفسير ، ٣/١٠٤ .

(٣) شلتوت ، الإسلام عقيدة وشريعة ، ص ١٧٤ .

(٤) ينظر : العالم ، قانون الزواج والطلاق ، ص١١٤ .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

٣- وجوب التأكد من القدرة على الإنفاق :

وقد ناقش الشيخ أبو زهرة هذا القيد فقال : « ما علمنا أن النبي ﷺ منع زواج أحد لعدم قدرته على الإنفاق ، ولم نعرف أحداً من الصحابة أمر أن يُتحرّى هذا التحري عند التعدد »[١].

ورأى الشيخ أبو زهرة أن التأكد من القدرة على الإنفاق يُعدّ أمراً مستعصياً فيقول : « ثم القدرة على الإنفاق ما مناطها ؟ أحال الزوجة الجديدة أم حاله هو ؟ وإذا اعتبرت حاله ورضي بأن يُضيّق قليلاً بعد سعة في سبيل ذلك الزواج الجديد ، وهي في جملتها تكفل العيش الضروري ، أيسوغ للقاضي أن يمنعه بحجة أنه يجب أن يعيش في رفاهية ويحرم من حلال؟!! »[٢].

وقد ناقش الدكتور مصطفى السباعي شرط قدرة الرجل على الإنفاق على أكثر من زوجة وخلُص إلى أنه يمكن أن يتأكد منه ، فقال : « ونحن في هذا نخالف الأستاذ الجليل أبا زهرة في ادعائه بأنه شرط لا يمكن التحقق منه كالعدالة ، فإن القدرة المالية هي أمر مادي يمكن أن تُعرف حالاً ، ولها أدلة تثبتها بسهولة ، ودعوى الأستاذ أبي زهرة بأنه لم يؤثر على النبي ﷺ ولا عن صحابته أنهم تحروا في القدرة على الإنفاق ، يُجاب بأن المعيشة في عصورهم كانت بسيطة ، وكانت الأرزاق على الأولاد وغيرهم جارية ، فلا خوف على الضياع ، ونرى في هذا الشرط منعاً لإساءة استعمال التعدد في بعض حالاته »[٣].

٤- وجوب موافقة الزوجة الأولى :

وقد نوقش هذا القيد : بأن اشتراط موافقة الزوجة الأولى لإباحة التعدد يؤدي إلى منع تعدد الزوجات منعاً مطلقاً ؛ ذلك أن كثيراً من الزوجات لا ترضي أن يتزوج عليها زوجها غيرها ، يقول الشيخ الصادق الغرياني : « تقييد التعدد بإذن الزوجة الأخرى يؤدي إلى منعه ؛ لأن ما أدى إثباته إلى

---

(١) أبو زهرة ، محاضرات في عقد الزواج وآثاره ، ص١٣٧-١٣٨ .

(٢) أبو زهرة ، محاضرات في عقد الزواج وآثاره ، ص ١٣٨.

(٣) السباعي ، المرأة بين الفقه والقانون ، ص١١٥ .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

نفيه كان منفياً ، فالتقييد بإذن الزوجة يرجع إلى حكم التعدد بالإبطال ، وفي هذا منع للمباح ، وتحريم لما أحلّ الله تبارك وتعالى »[1].

الترجيح :

وقبل بيان الرأي الذي يظهر للباحث ترجيحه في حكم تقييد إباحة تعدد الزوجات بقيود زائدة على القيود الشرعية، لا بد من إلقاء النظرة على واقع تعدد الزوجات في الدول التي تدعو إلى تقييده ، لنعرف هل لهذه الدعوة ما يبررها أم لا ؟ .

واقع التعدد في الدول العربية :

تبيّن عند الحديث عن حق ولي الأمر في تقييد المباح أن الشريعة الإسلامية سمحت لولي الأمر بتقييد المباح متى وجدت المصلحة في تقييده ، أو تعيّن هذا التقييد لدفع ضرر محقق .

ولكن هل هناك مشكلة تعدد زوجات حقاً ؟ وهل أساء الرجال استعمال هذا الحق إلى الحدّ الذي أصبح فيه على ولي الأمر أن يتدخل بتقييد المباح لحل هذه المشكلة ؟.

فالناس منشغلون بمعالجة مشكلة التعدد ، فمنهم من يدعو إلى تقييده ، ومنهم من يدعو إلى منعه ، بدعوى أن به تضييع حقوق النساء ومصالح الأبناء ، ولا يوجد من يتثبت فيضع السؤل : هل تعاني المجتمعات العربية والإسلامية من مشكلة اسمها تعدد الزوجات ؟

وللإجابة على ذلك نقول : إن مشكلة التعدد بهذا الحجم موهومة ومفتعلة ولا وجود لها في أرض الواقع ، فالذي أقرّه غير واحد من الباحثين والدارسين أن المجتمعات العربية لا تعاني اليوم من مشكلة التعدد ، فالإحصائيات التي تُنشر عن الزواج والطلاق في البلاد العربية الإسلامية تدلّ على أن نسبة المتزوجين بأكثر من واحدة نسبة ضئيلة جداً ، ففي ليبيا مثلاً أظهرت النتائج النهائية

---

(١) الغرياني ، معنى تقييد المباح ، ص٥ .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

لتعداد السكان سنة ٢٠٠٦م أن ظاهرة تعدد الزوجات بين الليبيين محدودة جداً ، فقد بلغ نسبة الرجال المتزوجين بزوجة واحدة حوالي (٩٧.٤٣%) ونسبة الرجال المتزوجين بزوجتين حوالي (٢.٣٦%)، أما الرجال المتزوجون بثلاث أو أربع زوجات فقد بلغت نسبتهم (٠.٢١%)!! ، ولا تختلف النسبة كثيراً عن هذه النسبة في معظم الدول العربية.

فهل بعد هذه الأرقام يقال أن هناك حاجة تدعو إلى تقييد تعدد الزوجات؟!! خاصة إذا أضيف إلى هذه النسب الضئيلة أن معظم المعدِّدين من المتقدمين في السِّنّ الذين عدّدوا زوجاتهم في ظروف اجتماعية ومعيشية مختلفة ، فالمسألة لم تعد مشكلة ، ولا يوجد ما يُبرِّر تدخل ولي الأمر لتقييد المباح ، بل نحن « بحاجة إلى وضع تشريع عكسي في تعدّد الزوجات ، أقل درجاته مساعدة الذين يتزوجون بأكثر من زوجة مساعدة تحفز غيرهم إلى السير في طريقهم ، وتساعدهم على الإنفاق على زوجاتهم وعلى أولادهم ، بدل التفكير في منع التعدد أو تقييده »[1].

وبذلك يرى الباحث أن موقف قانون الأحوال الشخصية الإماراتي الذي اكتفى في إباحة التعدد بالقيود الشرعية هو أعدل المواقف وأحكمها ، أما القوانين التي قيّدت التعدد بقيود زائدة على القيود الشرعية زعماً منها أن ذلك من أجل ضبط مسألة التعدد ، فالحقيقة أن هذه القيود إنما وُضعت لتعسير الطريق إليه وليس من أجل ضبطه ، وأنها جاءت استجابة للضغوط الخارجية التي تمارسها بعض الدول والمنظمات ضد التعدد حقداً على الإسلام وأهله .

ويرى الباحث أيضاً أن سبيل القضاء على المفاسد التي ذكرت للتعدد ـ على قلّته ـ ليس في تقييده ، بل إن سبيل الإصلاح ينبغي أن يعتمد على خطوتين اثنتين :

إحداهما : تربية الناس على أحكام الإسلام ، وتوعيتهم بالحِكم التي شُرع من أجلها تعدد الزوجات ، وتعليمهم أحكام التعدد وحقوق الزوجات ، وتدريبهم على إتقان فنون التعدد .

---

(١) شلتوت ، الإسلام عقيدة وشريعة ، ص١٨٤ .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

الثانية: التدخل القضائي لحماية حقوق الزوجة عند وقوع الظلم والجور عليها من الزوج ،

يقول الشيخ محمود شلتوت : « يجد القانون سبيله إلى من تزوج فعلاً بالثانية أو الثالثة ، ووقع منه الجور على إحدى زوجاته ، وأعلنت الحاكم بضررها وعندئذ يتدخل القانون بالردع والزجر »[1].

ونختم حديثنا عن تعدد الزوجات وتقييده بهذه الكلمات الرائعة للشيخ أحمد الريسوني حيث يقول : « إن للتعدد أضراره ومتاعبه قديماً وحديثاً ، لكن هذه الأضرار في الغالب الأعم أقلّ من المصالح التي يحققها ، والمضار التي يدفعه ، كما أنها من الأضرار التي يمكن تلافيها أو تقليلها، منه ما يكون بالتوعية والتربية ، ومنه ما يكون بتشديد الإجراءات القانونية والقضائية الرادعة ، وكل ذلك بالقسط الذي قامت به السماوات والأرض وأنزلت به الرسالات »[2].

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

© Arabic Digital Library-Yarmouk University

(١) شلتوت ، الإسلام عقيدة وشريعة ، ص١٧٤ .

(٢) الريسوني ، أحمد ، من أعلام الفكر المقاصدي ، بيروت-لبنان ، دار الهادي ،ط١ ، ١٤٢٤هـ-٢٠٠٤م ، ص ٦٧ .

المبحث الثاني

تقييد المباح في الطلاق وآثاره

وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : تقييد الطلاق بإذن القاضي .

المطلب الثاني : توثيق الطلاق .

المطلب الثالث : التعويض عن الطلاق التعسفي .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

تمهيد

أولاً : تعريف الطلاق :

الطلاق في اللغة : التحرر من القيد ، ومنه إطلاق الأسير برفع القيد عنه وإخلاء سراحه[1].

وأما الطلاق في الاصطلاح فقد عُرّف بتعريفات كثيرة ، مختلفة في اللفظ ، متفقة في المعنى ، حيث اتفق على أن معنى الطلاق هو: « رفع قيد النكاح المنعقد بين الزوجين بألفاظ مخصوصة"[2].

ثانياً : مشروعية الطلاق :

الطلاق مشروع ، وقد ثبتت مشروعيته في الكتاب والسنة والإجماع .

أما الكتاب : فقد ورد جواز الطلاق وحلّه في آيات كثيرة ، منها قوله سبحانه وتعالى :﴿ ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌۢ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌۢ بِإِحْسَٰنٍ ﴾[3]، وقوله تعالى: ﴿ لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُواْ لَهُنَّ فَرِيضَةً ﴾[4]، وقوله عز وجل : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ ﴾[5].

وأما السنة ففيها أخبار كثيرة بوقوع الطلاق مما يدل على مشروعيته ، من ذلك : ما ثبت عن عبد الله بن عمر ﷺ أنه طلق امرأته وهي حائض ، فسأل عمرُ النبي ﷺ فقال : « مُره فليراجعها ، ثم ليمسكها حتى تطهر ، ثم تحيض ، ثم تطهر ، ثم إن شاء أمسك بعد وإن شاء طلق قبل أن يمس ،

---

(١) ينظر: الزبيدي، تاج العروس، (طلق)، ٩٠/٢٦.

(٢) الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، ٦٤٢/٢.

(٣) سورة البقرة: الآية (٢٢٩).

(٤) سورة البقرة: الآية (٢٣٦).

(٥) سورة الطلاق: الآية (١).

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

فتلك العدة التي أمر الله أن تطلق لها النساء »[1] ، وقد طلّق النبي ﷺ أم المؤمنين حفصة بنت عمر ﷺ ثم راجعها[2].

وأما الإجماع ، فقد أجمع المسلمون على جواز الطلاق ومشروعيته[3].

ثالثاً : هل الأصل في الطلاق الحظر أو الإباحة ؟

اتفق الفقهاء على أن الطلاق تعتريه الأحكام الخمسة بالنظر إلى حال الزوج أو الزوجة وظروف ودوافع الطلاق[4]، يقول ابن قدامة : « والطلاق على خمسة أضرب : واجب ، ومكروه ، ومباح ، ومندوب إليه ، ومحظور »[5].

غير أن الفقهاء اختلفوا في الحكم الأصلي للطلاق ، هل الأصل فيه الحظر أو الإباحة ؟

فذهب بعض الفقهاء إلى أن الأصل في الطلاق الإباحة ، يقول القرطبي : « دلّ الكتاب والسنة وإجماع الأمة على أن الطلاق مباح غير محظور »[6] .

وذهب أكثر الفقهاء إلى أن الأصل في الطلاق الحظر والمنع ، ولا يباح إلا إذا كانت هناك حاجة تدعو إليه .

يقول ابن الهمام : « والأصح حظر الطلاق إلا لحاجة ، فإن لم يكن حاجة فمحض كفران نعمة وسوء أدب ، فيُكره »[7].

---

(١) البخاري ،صحيح البخاري ،كتاب الطلاق ، ح (٤٩٥٣)، مسلم ،صحيح مسلم ، كتاب الطلاق ، باب تحريم طلاق الحائض ...، ح (١٤٧١) .

(٢) عن قيس بن زيد أن رسول الله ﷺ طلّق حفصة تطليقة ، فأتاها خالاها قدامة وعثمان ابنا مظعون ، فقالت : والله ما طلقني عن شبع، فجاء النبي ﷺ فدخل ، فتجلببت ، فقال رسول الله ﷺ : « أتاني جبريل عليه السلام ، فقال: راجع حفصة ؛ فإنها صوّامة قوّامة، وإنها زوجتك في الجنة »، الطبراني، المعجم الكبير، ح(٩٣٤)، ٣٦٥/٨، الحاكم، المستدرك على الصحيحين، (٦٧٥٣)، ١٦/٤.

(٣) ابن قدامة، المغني، ٢٧٧/٧، ابن رشد، بداية المجتهد، ٤٥/٢.

(٤) ينظر: ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ٢٢٨/٣، الغرياني، مدونة الفقه المالكي، ٦٤٣/٢، الماوردي، الحاوي الكبير، ١١١/١٠، ابن قدامة، المغني، ٢٧٧/٧.

(٥) ابن قدامة، المغني، ٢٧٧/٧.

(٦) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ١٢٦/٣.

(٧) ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد، شرح فتح القدير، بيروت – لبنان، دار الفكر، ط٢، ٤٦٥/٣.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

ويقول ابن تيمية : « إن الأصل في الطلاق الحظر ، وإنما أبيح منه قدر الحاجة »[1]، ويقول أيضاً : « ولولا أن الحاجة داعية إلى الطلاق ؛ لكان الدليل يقتضي تحريمه ، كما دلّت عليه الآثار والأصول ، ولكن الله تعالى أباحه رحمة منه بعباده لحاجتهم إليه أحياناً »[2].

والقول الثاني هو ما رجّحه كثير من الفقهاء المعاصرين ، يقول الشيخ محمد أبو زهرة : « ومع تقرير الفقهاء أن الطلاق حق للرجل ، واتفاقهم على أنه لا يكون إلا عند الحاجة ، قد اختلفوا في الأصل في الطلاق ، أهو الحظر أم الإباحة ؟ ، ولقد قال المحققون من الفقهاء أن الأصل في الطلاق المنع حتى توجد حاجة إليه ، ولاشك أن الطلاق مع عدم الحاجة إليه بغي على المرأة بغير حق »[3] .

---

(١) ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ٢٩٣/٣٢.

(٢) ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ٨٩/٣٢.

(٣) أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ص٣٣٢ .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

المطلب الأول

تقييد الطلاق بإذن القاضي

إذا كانت الشريعة الإسلامية قد أباحت للزوج حق إيقاع الطلاق عند وجود السبب الداعي إليه؛ فإن هذه الإباحة ليست مطلقة يستعملها الزوج كما شاء وفي أَيّ وقت أراد .

ذلك أن الشريعة قد قيّدت إباحة الطلاق بقيود عديدة من حيث الوقت والعدد ، يجب على الزوج مراعاتها حين إيقاعه الطلاق ، فإذا أوقعه الزوج على الوجه المشروع وقع طلاقه بالاتفاق ، ويُسمي الفقهاء الطلاق في هذه الحالة الطلاق السُنّي ، أَي موافقاً للسنة والطريقة الواجبة الاتباع في إيقاع الطلاق ، وأما إذا أوقعه على وجه غير مشروع ، ودون مراعاة للقيود الشرعية على الطلاق كان الزوج آثماً ، وفي وقوع طلاقه وعدم وقوعه خلاف بين الفقهاء ، ليس هذا محلّ بحثه .

والتشريع الإسلامي حيث أعطى الزوج حق الطلاق بإرادته المنفردة لم يُهمِل جانب المرأة ، فبعد أن أباح للزوج الطلاق عند وجود السبب الداعي إليه ، أباح للزوجة أيضاً أن تطلب الطلاق من القاضي عند وقوع الضرر عليها من الزوج ، كما أباح لها أن تشترط في عقد الزواج طلاق نفسها إذا أخلّ الزوج بما شرطه لها ، وأباح لها أيضاً أن تخالعه بجزء من مالها إذا كرهت البقاء معه .

وبهذا فإن الزوجة في واقع الأمر لم تمنع من حق الطلاق ، ولم يُهمل جانبها فيه ، وإنما مُنعت من إيقاعه بإرادتها المنفردة ، دون الحيلولة بينها وبين الوصول إليه إذا كانت هناك حاجة تدعو إليه[1].

ونظراً لإساءة بعض الأزواج في استعمال حق الطلاق ، دعا البعض إلى ضرورة تقييد إباحة الطلاق ، ومنع الرجل من الطلاق بإرادته المنفردة ، بحجة القضاء على ظاهرة تهور وانحراف بعض الأزواج في الطلاق .

---

(١) ينظر: علي، محمود، الطلاق بين الإطلاق والتقييد، القاهرة، مصر، دار الاتحاد العربي، ١٣٩٨هـ-١٩٧٨م، ص٦٧- ٦٩، الصابوني، عبد الرحمن، مدى حرية الزوجين في الطلاق، دمشق - سوريا، مطبعة جامعة دمشق، ١٣٨٢هـ-١٩٦٢م، ١/١٤٦-١٤٧.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

ومضمون هذه الدعوى : أنه في حالة رغبة الزوج في إنهاء العلاقة الزوجية، فعليه اللجوء إلى المحكمة، وذلك برفع دعوى أمام القضاء، مع عرض الأسباب التي دعته إلى الطلاق، فإن اقتنع القاضي بالأسباب والمبررات أعطاه الإذن بالطلاق ، وإلا رفضت الدعوى.

فهل يجوز إخضاع الطلاق لرقابة القضاء ، بحيث يمنع الزوج من الطلاق إلا بعد الحصول على إذن من القاضي بالطلاق ؟ هذا ما سيتّضح فيما يلي :

الفرع الأول : الموقف الفقهي والقانوني من تقييد الطلاق بإذن القاضي :

أولاً : الرأي الفقهي من تقييد الطلاق بإذن القاضي :

لم يرد في كتاب الله تعالى ولا في سنة رسول الله ﷺ تقييد حق الزوج في طلاق زوجته بلزوم الحصول على إذن من القاضي ، ذلك أن النصوص الشرعية التي وردت في الطلاق جاءت مطلقة عن هذا التقييد ، ولذا فقد أجمع الفقهاء على عدم لزوم إذن القاضي لإيقاع الطلاق ، اعتماداً على عدم ورود ذلك في النصوص الشرعية ، فدلّ ذلك على أن حق الزوج في الطلاق لا يتقيد بإذن القاضي[1].

ومن النصوص الدالّة على ذلك : قوله تعالى: ﴿ وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ ۚ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا۟ ﴾[2]، وقوله تعالى :﴿ لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا۟ لَهُنَّ فَرِيضَةً ﴾[3]

---

(١) ينظر: زيدان، المفصل، ٣٥٧/٧، أبو زهرة، محمد، تنظيم الأسرة وتنظيم النسل، القاهرة – مصر، دار الفكر العربي، ١٤٢٦هـ-٢٠٠٥م، ص٦٨، الجليدي، أحكام الأسرة، ص٤٤.

(٢) سورة الطلاق: الآية (٢٣١).

(٣) سورة البقرة: الآية (٢٣٦).

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

ووجه الاستدلال بهذه الآيات وما في معناها ظاهر ، حيث وقع الخطاب فيها للرجال دون غيرهم .

وفي السنة ما رُوي عن النبي ﷺ : « إنما الطلاق لمن أخذ بالساق »[1]، فهذا الحديث صريح في دلالته على أن الطلاق حق للزوج خاصة .

الحكمة من جعل الطلاق بيد الرجل[2]:

وقد ذكر الفقهاء مجموعة من الحِكم والمصالح لجعل الشارع الطلاق بيد الرجل دون غيره ، ومن أهم هذه الحِكم :

١- إن القوامة في بيت الزوجية قد جعلها الله تعالى للرجال ، لقوله سبحانه :﴿ ٱلرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ بِمَا فَضَّلَ ٱللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ وَبِمَآ أَنفَقُوا۟ مِنْ أَمْوَٰلِهِمْ ﴾[3]، ومن لوازم هذه القوامة أن يكون الطلاق بيد الرجل.

٢- إن جعل الطلاق في يد الرجل يجعل العلاقة الزوجية أكثر استقراراً ودواماً ؛ لأن الرجل في الغالب أكثر صبراً وتحملاً ، وأبعد عن العاطفة وسرعة التغيّر ، وذلك مما يُقلِّل من تعرض الحياة الزوجية لخطر الطلاق .

٣- إن الطلاق يُحمل الزوج تبعات مالية ، كالمهر المؤجل ، ونفقة العدة ، وأجرة الرضاعة والحضانة إن كان له طفل أو أطفال من زوجته المطلقة ، فضلاً عن تسبب الطلاق في ضياع الأموال التي تكبّدها الزوج في سبيل إتمام هذا الزواج ، كما أنه قد يحتاج بعد الطلاق إلى مال جديد لإنشاء

---

(١) ابن ماجه، سنن ابن ماجه، كتاب الطلاق، باب طلاق العبد، ح(٢٠٨١) وقوله: (لمن أخذ بالساق) كناية عن الجماع، أي إنما يملك الطلاق من يملك الجماع، قال ابن حجر: "وفي إسناده ابن لهيعة ، وهو ضعيف» ، ابن حجر، التلخيص الحبير، ٢١٩/٣.

(٢) ينظر: زيدان، المفصل، ٣٤٨/٧، صالح، سعاد ، الطلاق بين الإطلاق والتقييد، القاهرة – مصر، دار التعاون، ص٣١، عقلة، نظام الأسرة ٢٧/٣.

(٣) سورة النساء: الآية (٣٤).

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

زوجية أخرى ، هذه الأمور من شأنها أن تحمل الرجل على التروي والتبصر قبل الإقدام على الطلاق ، بحيث لا يلجأ إليه إلا عند الضرورة الملجئة لإنهاء زواج فاشل لا يحقق الغرض المقصود منه .

ثانياً : موقف قوانين الأحوال الشخصية من تقييد الطلاق بإذن القاضي :

على الرغم من اتفاق الفقهاء على عدم تقييد إباحة الطلاق بإذن القاضي ، وظهور الحكمة التشريعية من جعل الطلاق بيد الرجل ، إلا أن بعض قوانين الأحوال الشخصية قد تأثرت بالدعوة إلى وجوب تقييد الطلاق بيد القضاء .

ففي حين نجد أن قانون الأحوال الشخصية في الأردن والإمارات قد سارا على ما اتفق عليه الفقهاء من عدم تقييد إباحة الطلاق بإذن القاضي ، سار كل من القانون الليبي والمغربي والجزائري على خلاف ذلك .

فقد جاء في المادة (٢٨) من القانون الليبي : « الطلاق حلّ عقدة النكاح ، وفي جميع الأحوال لا يثبت الطلاق إلا بحكم من المحكمة المختصة » ، وجاء في المادة (٣٥) من القانون : « إذا لم يتفق الطرفان على الطلاق ، فيحق لكل منهما أن يطلب التطليق من المحكمة المختصة ».

وكذلك الحال في الجزائر ، فقد جاء في المادة (٤٩) من قانون الأسرة الجزائري : « لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدّة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى ».

وجاء في المادة (٧٨) من مدونة الأسرة المغربية : « الطلاق حل ميثاق الزوجية ، يمارسه الزوج والزوجة ، كل بحسب شروطه تحت مراقبة القضاء »، وجاء في المادة (٨٧) من القانون : « بمجرد إيداع الزوج المبلغ المطلوب منه ، تأذن له المحكمة بتوثيق الطلاق ، ويقوم القاضي بمجرد خطابه على وثيقة الطلاق بتوجيه نسخة منها إلى المحكمة التي أصدرت الإذن بالطلاق ».

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

وبالنظر إلى هذه النصوص القانونية يتّضح أن هذه القوانين قد ألغت الطلاق بإرادة الزوج المنفردة ، حيث ألزمت الزوج المريد للطلاق برفع دعواه إلى المحكمة التي تصدر الإذن بالطلاق بعد محاولات الإصلاح بين الزوجين[1].

الفرع الثاني : أسباب تقييد إباحة الطلاق بإذن القاضي ومناقشتها :

يتّضح مما سبق أن قوانين الأحوال الشخصية التي جعلت الطلاق بيد القضاء قد سلبت الرجل حق الطلاق ، ومنعته من حلّ عقدة الزواج بإرادته المنفردة .

ومن خلال تتبعي للأدلة التي استندت عليها هذه القوانين في تقييد الطلاق ، والتي استند إليها كذلك بعض الذين أيّدوا فكرة التقييد ، يمكن تقسيمهم إلى فريقين :

الفريق الأول : وهو الفريق الذي نفى حق الزوج في حلّ عقدة الزواج بإرادته المنفردة ، بحجة المساواة بين الرجل والمرأة في الطلاق ، وأن عقد الزواج عقد رضائي كغيره من العقود التي تتم بإرادة الطرفين ، فيجب ألا ينحل إلا بإرادتهما .

وقد حاول هذا الفريق الاستدلال ببعض الآيات القرآنية والأحاديث النبوية وبعض الأدلة الشرعية الأخرى على نفي حق الزوج في الطلاق بإرادته المنفردة .

وقد ردّ الفقهاء على هذا الفريق بأن سلب الزوج الحق في الطلاق مخالف لصريح النصوص القاطعة من الكتاب والسنة المتواترة ، ومخالف لإجماع علماء المسلمين سلفاً وخلفاً ، وهو خروج

---

(١) يرى بعض الباحثين أن موقف هذه القوانين من الطلاق بإرادة الزوج المنفردة غير واضح ؛ لأن نصوصها تحتمل بأن القانون أخذ بالطلاق بإرادة الزوج المنفردة ، وتحتمل أيضاً إلغاء ذلك ، ، حيث نصت هذه القوانين بمصطلح (لا يثبت) وهو مصطلح غامض وغير واضح ، وكان من الواجب إبدال هذا المصطلح بمصطلح يقع أو لا يقع ، ويرى هؤلاء أن الجمع بين هذه النصوص وإعمالها جميعاً عند التطبيق يؤدي لا محالة إلى القول بأن هذه القوانين قصدت إلى إلغاء الطلاق بإرادة الزوج المنفردة ، ينظر : الجلبدي ، أحكام الأسرة ، ٢/٥٠.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

على الشريعة الإسلامية بجميع مذاهبها[1]، وليس عرض أدلة هذا الفريق ومناقشتها محلاً لهذا البحث.

الفريق الثاني : وهؤلاء لا ينفون حق الزوج في الطلاق ، بل يُقرّون أن الشرع قد أباح له الطلاق عند وجود السبب الداعي إليه ، ولكن نظراً لإساءة بعض الأزواج استعمال هذا المباح ، وتهور كثير من الرجال وانحرافهم في فهم الحكمة التشريعية من حلّ عقدة الزواج ، وجب على وليّ الأمر أن يقيّد هذا المباح ، وأن يمنع الرجل من الطلاق إلا بعد الرجوع إلى القضاء .

أولاً : أسباب تقييد إباحة الطلاق :

لعل من أهم الأدلة التي استُنِد عليها في وجوب تقييد إباحة الطلاق بيد القضاء ما يلي :

١- تحقيق مصلحة المجتمع :

حيث إن وضع الطلاق بيد القاضي سيؤدي إلى تقليل حوادث الطلاق ؛ فالاطمئنان إلى عدالة القاضي ، وكونه طرفاً غير منحاز ، سيمكن من التحقق من أسباب طلب الطلاق وتقديرها قبل إيقاعه، مما يقلل من حالات الطلاق ، وفي ذلك بلا شك تحقيق للمصلحة ودفع للمفاسد المترتبة على الطلاق[2].

٢- دفع الضرر:

حيث إن إيقاع الطلاق مظنة الضرر على الأسرة والمجتمع ، وتقييده بإذن القاضي لا يُعدّ سلباً لحق الزوج في إيقاعه ، بل وضعاً للعراقيل أمام التسرع في الطلاق الذي يؤدي إلى ضرر على المجتمع الإسلامي ، حيث إن حضور الزوج إلى القاضي لطلب الإذن بالطلاق ، يتطلب جملة من

---

(١) ينظر: العمراني، الاجتهاد الفقهي المعاصر، ص٤٥٧-٤٥٨، الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق، ١/١٠٧-١٠٨، أبو البصل، عبد الناصر، مدى سلطة ولي الأمر في إيقاع الطلاق، مجلة أبحاث اليرموك، إربد – الأردن، المجلد ١١، العدد ٣، ١٩٩٥م، ص٢١٩-٢٢٤.

(٢) ينظر: أبو البصل، مدى سلطة ولي الأمر في تقييد إيقاع الطلاق ، ص٢٢١، الجليدي، أحكام الأسرة، ص٤٤.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

الإجراءات تستغرق وقتاً تهدأ في أثنائه الأعصاب الثائرة للرجل ، مما قد يؤدي إلى رجوعه عن الطلاق[1] .

٣- تعسّف الرجال في إيقاع الطلاق :

فنظراً لضعف الوازع الديني لدى كثير من الأزواج ، بحيث صار الطلاق لا يحقق المقصد الشرعي الذي أبيح من أجله ، ونتيجة لعدم إدراك الرجال للحِكم التشريعية من إباحة الطلاق ، أصبح كثير من الرجال يستخدمون الطلاق وسيلة للتهديد والانتقام والحلف والهزل واللجوء إليه من غير سبب ، مما أدى إلى وقوع الضرر على المرأة ، فضماناً لعدم إساءة استعمال الرجال لهذا المباح ، وللقضاء على تهور الرجال وانحرافهم في فهم المقصد الشرعي من الطلاق ، وجب تقييده بيد القضاء[2].

٤- دفع الجحود والإنكار :

حيث إن تقييد إباحة الطلاق بوجوب أخذ الإذن من المحكمة ، فيه تحقيق للعلنية التي لا يبقى معها وضع المرأة مع الرجل موضع ريبة وشك ، وعرضة للجحود والنكران، وبذلك يتوافر في الطلاق ما توافر في الزواج من علانية ووضوح[3].

ثانياً : مناقشة أسباب تقييد إباحة الطلاق :

وقد نوقشت هذه الأسباب من قِبَل المعارضين لفكرة تقييد إباحة الطلاق ـ وهم جمهور الفقهاء المعاصرين ـ بما يلي :

---

(١) ينظر: عقلة، نظام الأسرة، ٣٢/٣، العمراني، الاجتهاد الفقهي المعاصر، ص٤٥٨.

(٢) ينظر: الجليدي، أحكام الأسرة، ص٤٤، الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق، ١٠٩/١.

(٣) ينظر: العالم، الزواج والطلاق، ص٢٢٢.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

١- إن الاحتجاج بتحقيق تقييد الطلاق بيد القضاء للمصلحة ، بتقليل حالات الطلاق في المجتمع ، غير مُسلّم لأمور :

أ- أن التجارب المشاهدة في الدول التي تقيّد الطلاق بإذن القاضي ، قد أثبتت فشل التقييد في التخفيف من نسب الطلاق ؛ لأنه لا يمكن لقوّة أن تقف أمام طلاق الزوجين الفاشلين ، بينما تجد الإحصاءات في البلاد التي لا تقيد الطلاق بإذن القاضي ، تقل فيها النسب عن البلاد التي تُقيّد الطلاق[1].

ب- إن إخضاع الطلاق لرقابة القاضي ولزوم إذنه لإيقاع الطلاق ، لا يحقق المصلحة للزوجة ؛ لأن القاضي إذا استطاع أن يمنع إيقاع الطلاق بامتناعه عن إعطاء الإذن به ، فإنه لا يستطيع أن يمنع سوء المعاشرة بين الزوجين ، أو يزيل الأسباب التي دعت الزوج إلى رغبته في طلاقها ، ومعنى ذلك بقاء الحياة الزوجية في شقاء وتعاسة للزوجين ، وليس هذا في مصلحة أحد الزوجين[2].

٢- إن كثيراً من الأسباب المشروعة للطلاق لا يمكن خضوعها لرقابة القضاء وموازين الإثبات ، كما أن ذلك قد يؤدي إلى هتك الأستار والأسرار وإشاعتها ، ومن الخير للمرأة ومن الستر على الناس أن تبقى دواعي الطلاق مستورة غير مكشوفة ، يقول الدكتور محمد عقلة : « إن جعل الطلاق عن طريق المحكمة قد ثبت ضرره من جهة ، وعدم جدواه من جهة أخرى ، فمن أضراره : أن ذلك قد يكون أداة لهدم الأخلاق ؛ إذ أن مطالبة الزوج بإثبات أسباب مادية لإقناع القاضي بالطلاق ، قد يحمله على كشف كثير من الأسرار التي لا يعود كشفها على المجتمع إلا بأشد أنواع الضرر ....، كما أن اشتراط إثبات مبرر

---

(١) ينظر: عتر، نور الدين، أبغض الحلال، بيروت – لبنان، مؤسسة الرسالة، ط٣، ١٤٠٤هـ-١٩٨٤م، ص١٥٤.

(٢) ينظر: زيدان، المفصل، ٣٥٧/٧، عقلة، نظام الأسرة، ٣٤/٣.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

للطلاق أمام القاضي ، قد يحمل الزوج على الافتراء والكذب على الزوجة ؛ ليضمن حصوله على الإذن ، وفي ذلك من الضرر ما لا يخفى »[1].

٣- إن الأزواج إذا ما أساؤوا استعمال حقهم في الطلاق مما أدّى إلى ضرر بالأسرة وبالمجتمع ، فينبغي البحث عن أسباب ذلك لمعالجتها ، لا معاقبتهم بنزع حقهم المشروع ، وإلا تمّ إلغاء كل نظام مهما كان صالحاً بدعوى إساءة بعض الناس استعماله ، يقول الدكتور مصطفى السباعي : « كل نظام وكل قانون في الدنيا لا بدّ أن ينشأ عند تطبيقه بعض الأضرار لبعض الأفراد ، ومقياس صلاح النظام أو فساده هو نفعه لأكبر قدر من الناس أو إساءته إليهم ، وإذا قارنّا بين حسنات إعطاء الرجل حق إيقاع الطلاق بسيئات نزع هذا الحق منه أو إشراك غيره معه فيه ، رجحت عندنا كفّة الحسنات على السيئات كثيراً ، وهذا وحده كاف في ترجيح إعطاء الرجل وحده حق الطلاق »[2].

٤- إن القول باشتراط إذن حكم القاضي لوقوع الطلاق يترتّب عليه أحد أمرين : إما القول بأن الطلاق الذي يوقعه الزوج بإرادته المنفردة واقع ديانة وغير واقع قضاء ، فتصبح للمرأة في هذه الحالة صفتان متضادتان ، الأولى : أنها مطلقة من زوجها ديانة ، لذا تستطيع الزواج بغيره بعد انتهاء العدة، والثانية : أنها غير مطلقة من زوجها قضاء ، ولذا لا تستطيع الزواج من غير زوجها ، وعندها تصبح المرأة معلقة ، فلا هي زوجة تتمتع بحقوق الزوجات ، ولا هي مطلقة تتزوج بمن تشاء .

---

(١) عقلة ، نظام الأسرة ، ٣٤/٣، بتصرف يسير.

(٢) السباعي ، المرأة بين الفقه والقانون ، ص١٣١.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

أو القول بأن هذا الطلاق غير واقع ديانة وقضاء ، وهذا ما لم يقل به أحد ؛ لمخالفته ما دلت عليه النصوص الصريحة القطعية وما أجمع عليه الفقهاء ، من أن الطلاق لازم وتترتب عليه آثاره من حين وقوعه ، ولا يتوقف على إذن القضاء[1].

الترجيح :

بناء على ما تقدم يظهر بوضوح أرجحية القول بعدم صلاحية تقييد إباحة الطلاق بإذن القاضي، أولاً : لمخالفته ما دلّت عليه الأدلة الشرعية من أن حق الطلاق لا يتقيّد بالقضاء ، وثانياً : لعدم رجحان مصلحة التقييد على مصالح عدم التقييد ، ويرى الباحث أن علاج مساوئ الطلاق لا تكون بتقييد المباح ، ولكن العلاج يكون بتقوية الوازع الديني ، وتبصير الناس وتوعيتهم بمقاصد الشريعة في الزواج والطلاق ، وتحذيرهم من مضار الطلاق على الأسرة والأولاد .

(١) ينظر: أبو البصل، مدى سلطة ولي الأمر في تقييد إيقاع الطلاق، ص٢٢٧.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

المطلب الثاني

توثيق الطلاق

تمهيد : التوثيق وطرقه :

أولاً : تعريف التوثيق :

التوثيق لغة : مصدر وثَّق الشيء إذا أحكمه وثبته ، جاء في معجم مقاييس اللغة : « الواو والثاء والقاف ، كلمة تدلّ على عقد وإحكام ، ووثّقت الشيء : أحكمته »[1].

وجاء في المعجم الوسيط : « التوثيق : التسجيل بطريق رسمي ، والمُوثِّق : من يوثّق العقود ونحوها »[2].

وعلى هذا فالتوثيق في اللغة يدور حول معنى الإحكام والثبوت والتقوية .

والتوثيق اصطلاحاً : « عقد شرعي محكم لتأكيد الحق واستقراره أو إثباته عند التنازع »[3].

ثانياً : طرق التوثيق :

أمر الله سبحانه وتعالى بإيفاء العهود وأداء الحقوق ، ولما كانت الحقوق عرضة للضياع نظراً للغفلة والنسيان أو التنازع والإنكار ، شرع الله عزّ وجلّ توثيق الحقوق والعقود بشتى وسائل التوثيق ، وذلك في أطول آية في القرآن الكريم.

فقد تضمنت هذه الآية ، وهي آية المداينة ، ثلاثة أنواع من طرق التوثيق ، وهي :

---

(١) ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، (وثق)، ٨٥/٦.

(٢) أنيس ورفاقه، المعجم الوسيط، (وثق)، ١٠١١/٢-١٠١٢ ، بتصرف يسير.

(٣) الحجيلي، عبد الله بن محمد، علم التوثيق الشرعي ، الرياض - السعودية، مطبوعات مكتبة الملك فهد الوطنية ، ١٤٢٤هـ-٢٠٠٣م ، ص٤٠.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

١- التوثيق بالكتابة : قال سبحانه : ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَٱكْتُبُوهُ ﴾[١].

٢- التوثيق بالإشهاد : قال تعالى : ﴿ وَٱسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ ﴾[٢].

٣- التوثيق بالرهن : فقال سبحانه : ﴿ وَإِن كُنتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُواْ كَاتِبًا فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ ﴾[٣].

الفرع الأول : الموقف الفقهي والقانوني من توثيق الطلاق :

أولاً : آراء الفقهاء في توثيق الطلاق :

وقد اتفق جمهور الفقهاء على استحباب الإشهاد على الطلاق خوف الجحود والإنكار عند الخصومة[٤]، يقول الشوكاني: « وقد ورد الإجماع على عدم وجوب الإشهاد على الطلاق ، واتفقوا على الاستحباب »[٥].

وقد استدلّ الفقهاء على استحباب توثيق الطلاق بالإشهاد عليه بقوله تعالى في سورة الطلاق ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ ﴾[٦] .

---

(١) سورة البقرة: الآية (٢٨٢).

(٢) سورة البقرة: الآية (٢٨٢).

(٣) سورة البقرة: الآية (٢٨٣).

(٤) ينظر: السرخسي، المبسوط، ١٩/٦، الدردير، الشرح الكبير، ٤٠٧/٢. الماوردي، الحاوي ٣١٩/١٠، الكاساني، بدائع الصنائع، ١٨١/٣، ابن قدامة، المغني، ٤٠٣/٧.

(٥) الشوكاني، نيل الأوطار، ٤٤/٧. بتصرف يسير .

(٦) سورة الطلاق: الآية (٢).

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library- Yarmouk University

فقد حمل جمهور الفقهاء الأمر في قوله سبحانه : ﴿ وَأَشْهِدُوا ﴾ على الندب والاستحباب لا الوجوب ؛ لأنه لم يؤثر عن النبي ﷺ ولا عن أصحابه ﷺ أنهم كانوا لا يوقعون الطلاق إلا بعد الإشهاد عليه ، فكان ذلك قرينة تصرف الأمر عن الوجوب إلى الندب[1].

وذهب بعض الفقهاء إلى وجوب الإشهاد على الطلاق ، حملاً للأمر على حقيقته[2]، يقول ابن حزم : « من طلق ولم يُشهد ذوي عدل كان متعدياً لحدود الله تعالى »[3].

ومع الخلاف بين الفقهاء في وجوب الإشهاد على الطلاق أو ندبه ، إلا أنهم اتفقوا على أن الإشهاد على الطلاق ليس بشرط صحة لوقوعه ، وأنه لا أثر لانعدام الإشهاد على صحة الطلاق ، حتى ابن حزم على الرغم من إغراقه في ظاهريته لم يجعل الإشهاد شرط صحة ، حيث يقول : « ولا نعلم خلافاً في أن من طلق ولم يُشهد ، أن الطلاق له لازم ، ولكن لسنا نقطع أنه إجماع »[4].

وقد ردّ ابن تيمية على من جعل الإشهاد شرط صحة لوقوع الطلاق ، فقال : « وقد ظن بعض الناس[5] أن الإشهاد المأمور به هو على الطلاق ، وظن أن الطلاق الذي لا يُشهد عليه لا يقع ، وهذا خلاف الإجماع ، وخلاف الكتاب والسنة ، ولم يقل به أحد من العلماء المشهورين »[6].

وخالف في ذلك من الفقهاء المعاصرين الشيخ أحمد شاكر ، حيث جعل الإشهاد شرطاً واجباً لصحة الطلاق ، وفي ذلك يقول : « فمن أشهد على طلاقه ، فقد أتى بالطلاق على الوجه المأمور

---

(١) ينظر: ابن قدامة، المغني، ٤٠٣/٧، الشوكاني، نيل الأوطار، ٤٣/٧ .

(٢) نسب هذا القول لابن عباس ﷺ، وهو أحد قولي الشافعي، ورأى ابن حزم الظاهري، ينظر، الطبري، تفسير الطبري ١٣٧/٢٨، الشافعي، الأم، ٨٤/٧، ابن حزم، المحلى، ٢٥١/١٠.

(٣) ابن حزم، المحلى، ٢٥١/١٠.

(٤) ابن حزم، علي بن أحمد، مراتب الإجماع، بيروت – لبنان، دار الكتب العلمية، ص٧٢.

(٥) المقصود بهم بعض الشيعة الذين جعلوا الإشهاد شرطاً لصحة الطلاق ،يقول الطباطبائي : « ولابدّ في صحة الطلاق من شاهدين يسمعانه بإجماعنا...، فلو طلّق ولم يشهد كان الطلاق لغواً ؛ لعدم اشتماله على شرط صحة » الطباطبائي ، علي ، رياض المسائل في بيان الأحكام بالدلائل ، بيروت – لبنان ، دار الهادي ، ط١ ، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م ، ٣١٦/٧ .

(٦) ابن تيمية ، مجموع الفتاوى ، ٣٣/٣٣.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

به، ومن لم يفعل ذلك ، فقد تعدّى حدّ الله تعالى الذي حدّه له ، فوقع عمله باطلاً ، لا يترتّب عليه أيّ أثر من آثاره »[1].

وقد احتجّ الشيخ أحمد شاكر على ذلك بقوله : « والظاهر من سياق الآية ﴿ وَأَشْهِدُوا ﴾ أن الأمر للوجوب ؛ لأنه مدلوله الحقيقي ، ولا ينصرف إلى غير الوجوب كالندب إلا بقرينة ، ولا قرينة هنا تصرفه عن الوجوب ، بل القرائن هنا تؤيد حمله على الوجوب ؛ لأن الطلاق عمل استثنائي يقوم به الرجل وحده ، سواء أوافقته المرأة أم لا ، وتترتب عليه حقوق للرجل قِبَل المرأة ، وحقوق للمرأة قِبَل الرجل ، ويُخشى فيها الإنكار من أحدهما ، فإشهاد الشهود يرفع احتمال الجحود ، ويُثبت لكل منهما حقه قِبَل الآخر »[2].

وبذلك يُعلم أن هذا القول مخالف لإجماع الفقهاء المتقدمين من عدم اعتبار الشهادة شرطاً لصحة الطلاق ، ومخالف أيضاً لاتفاق الجمهور على استحباب الشهادة على الطلاق لا وجوبها .

ثانياً : الموقف القانوني من توثيق الطلاق :

أخذت قوانين الأحوال الشخصية في البلاد العربية موقفاً مخالفاً لما اتفق عليه الجمهور من استحباب توثيق الطلاق بالإشهاد عليه ، حيث أوجبت هذه القوانين توثيق الطلاق ، واستبدلت وسيلة التوثيق بالكتابة والتسجيل بدل الإشهاد ، فقد جاء في المادة (٩٧) من قانون الأحوال الشخصية الأردني : « يجب على الزوج أن يُسجّل طلاقه ورجعته أمام القاضي ، وإذا طلق زوجته خارج المحكمة ولم يُسجّله ، فعليه أن يراجع المحكمة لتسجيل الطلاق خلال شهر ، وكل من تخلّف عن ذلك يُعاقب بالعقوبة المنصوص عليها في قانون العقوبات ، وعلى المحكمة أن تقوم بتبليغ الطلاق الغيابي للزوجة والرجعة خلال أسبوع من تسجيله ».

---

(١) شاكر، أحمد محمد، نظام الطلاق في الإسلام، القاهرة – مصر، دار الطباعة القومية، ط٢، ١٣٨٩هـ، ص١١٩.

(٢) شاكر، نظام الطلاق، ص١١٨.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

وجاء في المادة (١٠٦) من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي : « يقع الطلاق بتصريح من الزوج ويوثقه القاضي » ، فلم يجعل هذا القانون التوثيق شرطاً لصحة الطلاق بدليل ما جاء بعد ذلك : « كل طلاق يقع خلافاً للبند السابق يثبت أمام المحكمة بالبينة أو الإقرار ، ويسند الطلاق إلى تاريخ الإقرار ».

وأوجب قانون الأسرة الجزائري توثيق الطلاق كما جاء في المادة (٤٩) من القانون : « تُسجل أحكام الطلاق وجوباً في الحالة المدنية » .

وجاء في المادة (٣٥) من القانون الليبي : « يُوثق الطلاق الذي يقع باتفاق الطرفين لدى المحكمة المختصة ».

أما مدونة الأسرة المغربية فقد أوجبت توثيق الطلاق بالشهادة ، فقد جاء في المادة (٧٩) : « يجب على من يريد الطلاق أن يطلب الإذن من المحكمة بالإشهاد به لدى عدلين منتصبين لذلك » ، وجاء في المادة (١٣٨) : « يجب الإشهاد على الطلاق لدى عدلين منتصبين للإشهاد ، بعد إذن المحكمة به ، والإدلاء بمستند الزوجية ».

ومن خلال هذه النصوص القانونية يتبيّن ما يلي:

١- اتفقت القوانين جميعاً على وجوب توثيق الطلاق ، وجعلت أغلب هذه القوانين وسيلة التوثيق التسجيل والكتابة ، باستثناء القانون المغربي الذي أوجب التوثيق بالإشهاد .

٢- مع اتفاق القوانين على إيجاب توثيق الطلاق إلا أنها لم تجعل التوثيق شرطاً لصحة الطلاق يترتب على انعدامه عدم صحة الطلاق .

٣- لم تنصّ القوانين على عقوبة عدم التوثيق للطلاق ، باستثناء القانون الأردني الذي نصّ على أن عدم تسجيل الطلاق بعد إيقاعه خارج المحكمة يُعاقب صاحبه بالسجن مدة لا تزيد على شهر واحد ، أو بغرامة مالية من ثلاثين ديناراً إلى مائة دينار ، كما جاء في المادة (٢٨١) من قانون العقوبات الأردني .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

الفرع الثاني : أسباب الإلزام بتوثيق الطلاق وآراء الفقهاء المعاصرين فيه :

أولاً : مصالح الإلزام بتوثيق الطلاق :

يتّضح مما سبق أن إلزام قوانين الأحوال الشخصية المُطلِّق بتوثيق طلاقه تقييد للمباح ، بالمنع من ترك ما اتفق جمهور الفقهاء على استحباب الشرع له .

وقد استندت القوانين في إيجابها لتوثيق الطلاق إلى ما في التوثيق من مصالح عديدة[1]، ومنها :

١- إن توثيق الطلاق يحقق العلنية والإشهار ، مما لا يدع مجالاً للتجاحد والإنكار .

٢- إن التوثيق طريق من طرق حفظ الحقوق ، سواء كان هذا الحق للزوج أو الزوجة أو الأولاد والأقارب .

٣- إن التوثيق يرفع الضرر عن المرأة إذا أراد الزوج إخفاء الطلاق لإسقاط حقوقها ، وقد أشار الدهلوي إلى هذه المصالح بقوله : « وإنما أمر الله تعالى بالشهادة على الطلاق لمعنيين ، أحدهما : الاهتمام بأمر الفروج ؛ لئلا يكون نظم تدبير المنزل ولا فكّه إلا على أعين الناس ، والثاني: ألا تشتبه الأنساب ، وألا يتواضع الزوجان من بعد فيُهملا الطلاق»[2].

ويقول الدكتور محمد بلتاجي : « ليس في إيجاب توثيق الطلاق أية مخالفة لأحكام الشريعة ، بل إن فيه ـ على العكس من ذلك ـ ما يحفظ الحقوق الشرعية للزوج وزوجته وأبنائهما ، وهو

---

(١) ينظر: عقلة، نظام الأسرة، ٥٢/٣، الكيلاني، عبد الله إبراهيم، السياسة الشرعية مدخل إلى تجديد الخطاب الإسلامي، عمّان – الأردن، دار الفرقان، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، ط١، ١٤٣٠هـ-٢٠٠٩م، ص١١٦.

(٢) الدهلوي ، أحمد عبد الرحيم، حجة الله البالغة، تحقيق: سيد سابق، القاهرة – مصر، دار الكتب الحديثة، ص٧١٨.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

مطلب شرعي يجب على ولي الأمر أن يعمل على تحقيقه بكل سبيل ، وهو فرع الفكرة العامة التي أوجبت توثيق العقود والتصرفات التي يمكن أن تكون مجالاً للإنكار أو الادعاء أو اللبس »[1].

وأما جعل وسيلة التوثيق الكتابة والتسجيل في السجلات الرسمية ؛ فلأن المقصود من الإشهاد شرعاً الاستيثاق والإثبات ، وقد أصبح في زمننا سجل الكاتب أفضل شاهد وموثق ، بل إن ذلك يحقق المقصود من الإشهاد على أكمل وجه ، « فهو أقطع للشبهات ، وأدفع لمشكلات البحث عن عدالة الشهود ، وأنه في نظر كل فقيه بصير بمقاصد الشريعة أمر يعتبر حسن تنفيذ للأمر الشرعي ، لا تغييراً له ، ولا ابتعاداً عنه »[2].

وأما عقوبة ترك التوثيق ، فإنه من حق ولي الأمر أن يوجد التشريعات المناسبة لحال الناس التي تحملهم على أن يؤدوا الحقوق الشرعية ، وله أيضاً أن يفرض من العقوبات التعزيزية ما هو زاجر لهم عن مخالفة ما أوجب عليهم ، تحقيقاً لمصلحة الناس ، وحفظاً للحقوق ، ونفياً لاحتمال التظالم ، كما سبق بيان ذلك عند الحديث عن حكم مخالفة ولي الأمر في تقييد المباح وآثارها .

ثانياً : آراء الفقهاء المعاصرين في توثيق الطلاق :

تقدّم فيما سبق أن الفقهاء المتقدمين أجمعوا على أن توثيق الطلاق ليس شرطاً لصحته ، وأنه لا يترتب على فقدان التوثيق بطلان الطلاق .

وذكرنا أيضاً أن الشيخ أحمد شاكر قد خالف هذا الإجماع بقوله باشتراط الإشهاد لصحة الطلاق ، وأنه اعتمد في ذلك على حمله الأمر القرآني على الوجوب الشرطي .

وعلى الرغم من أن قوانين الأحوال الشخصية ـ مع إيجابها توثيق الطلاق ـ لم تأخذ بهذا الرأي الأخير ، فإن بعض الفقهاء المعاصرين قد دعوا إلى وجوب توثيق الطلاق واعتباره شرطاً

---

(١) بلتاجي، محمد، الأحوال الشخصية، القاهرة – مصر، دار السلام، ط١، ١٤٢٧هـ-٢٠٠٦م، ص٣٦.

(٢) مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد، ص١٦٠.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

لصحة وقوع الطلاق ، يترتب على فقدانه بطلان الطلاق وعدم الاعتداد به شرعاً وقانوناً ، ويأتي في مقدم الداعين لذلك ومن أكثر المؤيدين لهذه الفكرة الشيخ مصطفى الزرقا[١] ، ومن قبله الشيخ محمد أبو زهرة[٢]، وعلي الخفيف[٣]، وعبد الرحمن الصابوني[٤]، وغيرهم .

وقد استند هؤلاء الفقهاء في اشتراطهم التوثيق لوقوع الطلاق على ما يلي :

١- إن اشتراط التوثيق لإيقاع الطلاق فيه مصلحة كبرى في هذا العصر ، فإنه يحقق العلنية التي لا يبقى معها وضع الرجل مع المرأة سرّاً من الأسرار المحفوف بالريب والمعرضة للجحود[٥].

٢- إن اشتراط التوثيق لوقوع الطلاق يؤدي بصورة غير مباشرة إلى التقليل من التسرع في الطلاق بقدر الإمكان ، والتخفيف من الغضب الدافع ، والانفعالات الباعثة على التسرع ، ذلك « لأن ذهاب الزوج إلى الدائرة الرسمية لأجل توثيق الطلاق ، كفيل بألا يصل إليه الزوج الغضبان إلا وهو هادئ النفس ، وبهذا يُطمأن تمام الاطمئنان على أن غاية الشرع في نظام الطلاق قد تحققت كاملة في ألا يطلق الرجل إلا عن حاجة منبعثة عن تفكير وتقدير »[٦].

يقول الشيخ علي الخفيف : « وفي رأيي أن اشتراط الإشهاد على الطلاق هو أقرب الآراء إلى تحقيق المصلحة ، وإبعاده من أن يكون نتيجة غضب أو انفعال وقتي ، وبذلك تضيق دائرة الطلاق»[٧].

---

(١) مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد، ص١٥٥.

(٢) ينظر: أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ص٤٣١ .

(٣) ينظر: الخفيف، علي، فرق الزواج، القاهرة – مصر، دار الفكر العربي، ط١، ١٤٢٩هـ-٢٠٠٨م، ص١٢٦.

(٤) ينظر: الصابوني، مدى حرية الزوجين في إيقاع الطلاق، ٤٧٩/١.

(٥) الكيلاني، السياسة الشرعية، ص١١٦.

(٦) مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد، ص١٦٠، بتصرف يسير.

(٧) الخفيف، فرق الزواج، ص١٢٦.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

وقد دعا بعض الأطباء النفسيين ممن تتردّد عليهم كثير من حالات الطلاق التي يندم فيها الأزواج على الطلاق الذي جاء في حالة غضب وانفعال إلى اقتراح جعل التوثيق شرطاً لوقوع الطلاق ، يقول الدكتور طارق الحبيب المستشار في الطب النفسي : « نتيجة لعدم نضج كثير من الناس في التعامل مع الطلاق ، ومع كثرة الطلاق مع عدم وجود الأسباب المقنعة لذلك ، فإني اقترح على الفقهاء أن الطلاق ينبغي ألا يقع إلا كتابة ؛ تجنباً لأن يقع الطلاق في لحظة غضب أو انفعال ، ثم الندم حيث لا ينفع الندم »[1].

٣- القياس على اشتراط توثيق الزواج ، فكما أن توثيق الزواج واجب ، فكذلك ينبغي أن يكون انحلاله موثقاً ؛ تنظيماً للوقائع ، وضبطاً لها ، ومنعاً للناس من اللعب بحدود الله تعالى[2].

٤- ردع الناس وزجرهم عن التهاون في الطلاق ، فنظراً لسوء تصرف الناس في الطلاق ، فاستعملوه لغير وبغير ما شرع ، فجعلوا منه يميناً لتأكيد الأخبار ، واستخدموه معلقاً على شروط لا صلة لها بالحياة الزوجية ، وتسرّعوا فيه بالغضب على خلاف التوجيهات الشرعية ، فيحق لولي الأمر أن يردع هؤلاء عن ذلك باشتراط التوثيق ، يقول الشيخ مصطفى الزرقا : « إن ولي الأمر يملك شرعاً سلطة تقييد المباح عندما تقتضيها مصلحة الناس ، فعمر ﷺ أمضى على الناس طلاق الثلاث جملة بقصد زجرهم عنه ، بعد أن كان في عهد الرسول ﷺ ، وفي خلافة أبي بكر وصدر خلافة عمر ﷺ ، يعتبر طلقة واحدة ، فإذا ساغ لولي الأمر من التدابير الزجرية أن يمضي على الناس طلاقاً غير مشروع الوقوع ،

---

(١) الحبيب، طارق علي، الطلاق الناجح، ٢٠١٠/٠١/٠٦م، www.alresalah.net.

(٢) مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد، ص١٦١.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

زجراً لهم عنه ، أفلا يملك بطريق الأولوية أن يُلغي على الناس طلاقاً غير مستحسن شرعاً»[1].

وقد ردّ جمهور الفقهاء المعاصرين على اشتراط التوثيق لصحة الطلاق ، بأن ذلك مخالف للحكم الشرعي المجمع عليه بين الفقهاء من عدم اعتبار التوثيق شرطاً لصحة وقوع الطلاق[2].

الترجيح :

بعد هذا العرض السابق للموقف الفقهي والقانوني من توثيق الطلاق ، يظهر أن ما أخذت به قوانين الأحوال الشخصية من إيجاب توثيق الطلاق ، وفرضها عقوبة على من لم يوثق ، هو الراجح لما سبق ذكره من مصالح التوثيق ومفاسد تركه .

وأما ما دعا إليه بعض الفقهاء المعاصرين من جعل التوثيق شرطاً لصحة الطلاق ، فإن موقف الباحث هو التوقف في المسألة ، وعدم ترجيح رأي على آخر ، نظراً لقوة الأدلة التي استدلوا بها .

غير أن الباحث يرى أنه حتى لو اعتمدت قوانين الأحوال الشخصية على القول باشتراط التوثيق لصحة الطلاق ، لن يكون له كبير فائدة ما لم تتوحّد الفتوى في بلد ذلك القانون على ذلك ، حتى لا يقع تضارب بين الفتيا والقانون ، مما سيوقع الناس في الحيرة والاضطراب[3] .

وأختم هذا المطلب بما ذكره الأستاذ عبد الله الكيلاني عند قوله : « وكنت ناقشت أستاذي الشيخ مصطفى الزرقا في مسألة عدم توثيق الطلاق تحت طائلة البطلان ، هل نُفتي الناس بذلك؟ فأفاد : بأنه يجيز عرضها على طلبة العلم للمدارسة ، ولا يُفتى بها إلا بعد أن تعتمد قانوناً من الدولة»[4].

---

(١) مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد، ص١٦٤، بتصرف يسير.

(٢) أبو البصر، سلطة ولي الأمر في تقييد إيقاع الطلاق، ص٢١٨، بلتاجي، الأحوال الشخصية، ص٣٩.

(٣) أذكر أنني كنت جالساً في أحد المجالس العلمية ، فاتصل بالشيخ شخص يستفتيه في مسألة طلاق ، حيث إن والده قد طلّق زوجته ، ولكنه لم يوثق طلاقه في المحكمة ، فهل يحق للزوجة الميراث أم لا ؟ فأجاب الشيخ بأن الزوجة تعتبر مطلقة شرعاً لا قانوناً ، فلا يحق لها الميراث شرعاً ، فعرفت الاضطراب الذي سيحصل للناس نتيجة الاختلاف بين فتاوى العلماء وبين أحكام القانون .

(٤) الكيلاني، السياسة الشرعية، ص١١٧.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

المطلب الثالث

التعويض عن الطلاق التعسفي

تمهيد :

أولاً : التعويض لغة واصطلاحاً :

التعويض في اللغة : البدل ، مصدر عوّض يعوّض : إذا أعطاه بدل ما ذهب منه[1].

والتعويض في الاصطلاح : « المال الذي يُحكم به على من أوقع ضرراً على غيره »[2].

ثانياً : المقصود بالطلاق التعسفي :

لم يرد في كتب الفقهاء القدامى لفظ الطلاق التعسفي ، فهو مصطلح معاصر ظهر عند بعض رجال القانون ، واستعمله الفقهاء المعاصرون ، وإن كان مضمونه موجوداً عند الفقهاء القدامى بأسماء ومصطلحات أخرى.

وقد تبيّن فيما سبق أن الطلاق هو : « رفع قيد النكاح المنعقد بين الزوجين بألفاظ مخصوصة»[3].

وتبيّن أيضاً أن المقصود بالتعسف : « مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعاً بحسب الأصل »[4].

وعلى هذا فالمقصود من مصطلح الطلاق التعسفي كمركّب إضافي : مناقضة قصد الشارع في رفع قيد النكاح .

---

(١) ينظر : ابن منظور ، لسان العرب ، (عوض) ، ١٩٢/٧ .

(٢) الجوفان : ناصر ، التعويض عن السجن ، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة ، الرياض – السعودية ، العدد ٦١ ،

(٣) الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، ٦٤٢/٢.

(٤) الدريني، نظرية التعسف، ص٨٤.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

وبهذا يتضح أن المقصود بالتعويض عن الطلاق التعسفي هو : دفع المطلق تعويضاً مالياً عند مناقضة قصد الشرع وإساءة استعمال حق الطلاق .

ثالثاً : متى يكون الطلاق تعسفياً ؟

ذكرنا فيما سبق أن المعيارين اللذين يُضبط بهما استعمال الحق ، فيظهر إن كان هذا الاستعمال والتصرف تعسفياً أو غير تعسفي، هما :

الأول : المعيار الذاتي : وهو ما يتعلق بالباعث الذي حرّك صاحب الحق إلى التصرف في حقه ، فيكون تعسفياً إن كان بقصد الإضرار أو تحقيق مصالح غير مشروعة .

الثاني : المعيار المادي : وهو المعيار الذي يتم من خلاله الموازنة بين المصالح والمفاسد في استعمال الحق ، فإذا كانت المفسدة مساوية للمصلحة أو راجحة كان التصرف تعسفياً .

وإذا ما أردنا تطبيق هذين المعيارين على الطلاق نجد أن الطلاق يكون تعسفياً في الحالات الآتية :

١-إذا قصد الزوج من طلاقه لزوجته الإضرار بها ، ومن أمثلة ذلك ما يُعرف بطلاق الفرار ، وهو طلاق الرجل زوجته في مرض الموت .

٢-إذا طلق الزوج زوجته وهو لا يقصد الطلاق لذاته ، وإنما ليصل إلى غرض غير مشروع ، كتطليق المحلل لزوجته في نكاح التحليل .

٣-إذا ترتّب ضرر على الزوجة أكبر من المصلحة التي يكسبها الزوج من الطلاق[1] .

---

(١) ينظر : أبو البصل ، مدى سلطة ولي الأمر في تقييد إيقاع الطلاق ، ص : ٢٣٣ .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

ففي مثل هذه الحالات يكون الزوج متعسفاً في استعماله حق الطلاق ، ولكن هل يجوز إلزام الزوج بالتعويض إذا طلق زوجته بدون سبب شرعي ، أو لغير حاجة تدعوه لذلك ، باعتبار أن هذا الطلاق طلاق تعسفي ؟

الفرع الأول : الموقف الفقهي والقانوني من التعويض عن الطلاق التعسفي :

أولاً : آراء الفقهاء في التعويض عن الطلاق التعسفي :

لم يرد في الكتاب والسنة نص شرعي خاص يوجب على المُطلِّق أن يدفع لزوجته المطلقة تعويضاً مالياً عن طلاقه لها إذا كان هذا الطلاق تعسفياً ، ولذا لم يرد في كتب الفقهاء القدامى ما يدل على إلزام المطلق بالتعويض إذا كان طلاقه غير مشروع ، واكتفى أكثرهم ـ ممن يرون أن الأصل في الطلاق الحظر إلا لحاجة ـ بالنص على المسؤولية الدينية في ذلك ، وأنه يحرم على الزوج طلاق زوجته لغير سبب شرعي يبيح طلاقها .

واكتفى الفقهاء أيضاً بالحقوق التي رتّبها الشارع على الطلاق من نفقة عدة ، ومهر مؤجل ، ومتعة ، واعتبروا هذه الحقوق تعويضاً للمرأة عن الطلاق ، وجبراً لخاطرها ، وتخفيفاً عما أصابها من أضرار مادية ومعنوية .

أما الفقهاء المعاصرون فقد اختلفوا في حكم إلزام الزوج بالتعويض عن الطلاق التعسفي ، فذهب أكثرهم إلى عدم جواز ذلك ، وأنه لا يصح إلزام الزوج بحقوق زائدة على ما رتّبه الشارع على الطلاق ، يقول الدكتور عبد الكريم زيدان : « وأما القول بتعويض الزوج عن الطلاق التعسفي ، فقول غير مقبول ، ولا سند له في الشرع ؛ لأن الطلاق من حق الزوج ، وبالتالي فهو جائز له ، والجواز الشرعي ينافي الضمان أو التعويض »[1]، ويقول الدكتور عمر الأشقر : « والقول بالتعويض

---

(١) زيدان ، المفصل ، ٣٥٨/٧.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

بسبب الطلاق التعسفي قول مبتدع حادث ، تأثرت فيه قوانين الأحوال الشخصية في البلاد العربية بالقوانين الغربية الوضعية »[1].

وذهب بعض الفقهاء المعاصرين إلى جواز إجبار المطلق على التعويض إذا كان طلاقه تعسفياً ، يقول الدكتور عبد الرحمن الصابوني : « إذا أساء الزوج استعمال حقه في الطلاق وجب عليه التعويض لزوجته »[2]، ووصف الدكتور مصطفى السباعي الحكم بتعويض المرأة في الطلاق التعسفي بأنه : « تشريع جميل بلا ريب ، من شأنه أن يُخفِّف عن المطلقة ألم الطلاق »[3].

ثانياً : موقف قوانين الأحوال الشخصية من التعويض عن الطلاق التعسفي :

أخذت بعض قوانين الأحوال الشخصية بمبدأ التعويض عن الطلاق التعسفي ، وألزمت الزوج بالتعويض عن الضرر الحاصل للمرأة نتيجة طلاقه لها بسبب غير مشروع ، فقد جاء في المادة (١٥٥) من قانون الأحوال الشخصية الأردني ما نصه : « إذا طلق الزوج زوجته تعسفاً ، كأن طلقها لغير سبب معقول ، وطلبت من القاضي التعويض ، حكم لها على مُطلِّقها بتعويض لا يقل عن نفقة سنة ، ولا يزيد على نفقة ثلاث سنوات ، ويُراعى في فرضها حال الزوج عسراً ويسراً ، ويُدفع جملة إذا كان الزوج موسراً ، وأقساطاً إذا كان معسراً ، ولا يؤثر ذلك على حقوقها الأخرى » .

فيؤخذ من ظاهر هذه المادة أنه يحق للقاضي أن يُلزم الزوج بالتعويض عن الطلاق التعسفي إذا طلبت الزوجة التعويض ، غير أن هذه المادة نصّت على حالة واحدة من حالات الطلاق التعسفي، وهي حالة الطلاق لغير سبب معقول ، دون أن توضِّح الأسباب المعقولة التي لا يكون الطلاق بسببها تعسفياً .

---

(١) الأشقر ، الواضح ، ص ٢٦٠ .

(٢) الصابوني ، مدى حرية الزوجين في الطلاق ، ١٠٨/١ .

(٣) السباعي ، المرأة بين الفقه والقانون ، ص ١٤٦ .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

وجاء في المادة (٥٢) من قانون الأسرة الجزائري : « إذا تبيّن للقاضي تعسّف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها » .

وجاء في المادة (٨٤) من مدونة الأسرة المغربية : « تشمل مستحقات الزوجة : الصداق المؤخر إن وُجد ، ونفقة العدة ، والمتعة التي يُراعى في تقديرها ، فترة الزواج ، والوضعية المالية للزوج ، وأسباب الطلاق ، ومدى تعسف الزوج في توقيعه » .

وأما القانون الليبي والقانون الإماراتي فقد كانا خاليين من النص على التعويض في الطلاق التعسفي.

ويلاحظ على القوانين التي أوجبت التعويض في الطلاق التعسفي أن نصوصها في ذلك وردت مجملة ، ولم تكن مضبوطة ضبطاً دقيقاً ، حتى يسهل على القضاء تطبيقه ، فقد تركت مجالاً واسعاً لاجتهاد القاضي ، من حيث الحكم على الطلاق بأنه تعسفي أو غير تعسفي ، ولم تبيّن أيضاً الأسباب المعقولة للطلاق ، التي يكون الخروج عنها تعسفاً .

الفرع الثاني : أسباب التعويض عن الطلاق التعسفي ومناقشتها :

أولاً : أسباب التعويض عن الطلاق التعسفي :

ذكرنا فيما سبق أن بعض الفقهاء المعاصرين ذهبوا إلى جواز التعويض عن الطلاق التعسفي ، وقد استند هؤلاء في ذلك إلى أنه يحق لولي الأمر أن يقيد المباح إذا صار وسيلة للإضرار بالغير ، وأن يفرض عقوبة على من خالف ذلك التقييد ، يقول الدكتور محمد سلام مدكور : « لما كان عموم البلوى وسدّ الذرائع لها أحكامها في الإسلام ، والمحافظة على الصالح العام وعلى كيان الأسرة التي هي كيان المجتمع ، كل ذلك يدعو إلى النظر في وضع تشريع رادع لمن أساء استعمال حق

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

الطلاق ، والسياسة الشرعية في الإسلام تبيح لولي الأمر أن يقيّد المباح ، وأن يفرض عقوبة أو جزاء على من أساء »[1].

ولعل من أهم الأسباب والمصالح التي تدعو إلى التعويض في الطلاق التعسفي ما يلي :

١-تحقيق المصلحة :

ذلك أن الزوج إذا علم أن ولي الأمر سيفرض عليه مبلغاً من المال تعويضاً للزوجة التي أضرّ بها بطلاقه التعسفي ، امتنع عن التسرّع في الطلاق ، حتى لا يقع في التعويض ، وفي هذا مصلحة له ببقاء الزواج وحفظ المال ، وفيه أيضاً مصلحة الأسرة والمجتمع ببقاء بيت الزوجية ، ولا شك أن تحقيق المصلحة للفرد والجماعة مما يجب على ولي الأمر مراعاته شرعاً ، فيكون الحكم بالتعويض عن الطلاق التعسفي مستنداً للمصلحة[2] .

٢-رفع الضرر :

ذلك أن الزوج حين يطلق زوجته طلاقاً تعسفياً فإنه يُلحق بها ضرراً ، فهي بذلك ستُحرم من نعمة النكاح ، ويُكسر قلبها بالفراق ، إضافة إلى عدم رغبة الأزواج بها ، وربما اتّهامها بأنها ما طُلّقت إلا لريبة أو تهمة ، وهذه أضرار تلحق بالمرأة نتيجة طلاقها ، والضرر واجب الإزالة في الشريعة الإسلامية ، وقد تعذّر إزالة عين الضرر في هذه الحالة ، فيجب إزالة آثاره بالتعويض[3] .

٣-الردع والزجر :

ذلك أن حوادث الطلاق بغير مبرر شرعي قد كثرت في هذا الزمان ، نتيجة لضعف الوازع الديني ، وذلك يقتضي الردع والزجر صيانة للأسرة من الانحلال ، فكان التعويض زجراً للمطلق وردعاً له عن الطلاق بغير سبب يدعو إليه ، وعقوبة لمن أساء فطلق زوجته طلاقاً تعسفياً[4] .

---

(١) مذكور ، الزواج والفرقة ، ص١٦٧ .

(٢) ينظر : الصابوني ، مدى حرية الزوجين في الطلاق ، ١٠٨/١ ، العمراني ، الاجتهاد الفقهي المعاصر ، ص ٤٨٧.

(٣) ينظر : عمرو ، السياسة الشرعية ، ص ١٨٣ ، عقلة ، نظام الأسرة ، ٦٠/٣ .

(٤) ينظر : جاسم ، جميل فخري ، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي ، عمان – الأردن ، دار الحامد ، ط١ ، ١٤٢٩هـ-٢٠٠٩م ، ص ٢١٠ .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

ثانياً : المناقشة :

وقد نوقشت الأدلة التي استدلّ بها القائلون بجواز التعويض عن الطلاق التعسفي ، والتي اعتُبرت أسباباً لإلزام الزوج بالتعويض بما يلي :

١- القول بأن الإلزام بالتعويض يؤدي إلى تحقيق المصلحة ببقاء بيت الزوجية غير صحيح ، فإن ذلك يترتب عليه إلزام الزوج بالعيش مع زوجته وهو كاره لها ، وهذا ما يتعارض مع مقاصد وأهداف الشريعة الإسلامية من الزواج ، وهي تحقيق السكني والمودة بين الزوجين ، ولا مصلحة للزوج أو الزوجة أو الأسرة في بقاء بيت الزوجية مع وجود الطلاق الروحي بين الزوجين[١].

٢- وأما الادعاء بأن التعويض إنما ألزم به الزوج لرفع الضرر الواقع على المرأة فغير مسلم لأمرين :

أ- أن الشريعة قد عوّضت المرأة عن الضرر الذي أصابها من الطلاق بإيجاب المتعة لها ، فهي تعويض للأضرار المادية والمعنوية التي تلحق بالمرأة جرّاء طلاقها ، بل إن المتعة تتميز عن التعويض بأنها واجبة في كل طلاق ، سواء كان تعسفياً أم لا ، وقد أشار إلى ذلك الدكتور محمد الزحيلي بقوله : « إن متعة الطلاق هي الصورة الشرعية والعلاج الفقهي لتعويض المرأة عن الطلاق ، وللتخفيف عما أصابها من أضرار مادية ومعنوية ، وأن هذه المتعة شاملة لكل مطلقة[٢] ، وخاصة إذا أخذنا بأوسع المذاهب في إيجابها»[١].

---

(١) ينظر : جانم ، متعة الطلاق ، ص ٢١٩ ، العمراني ، الاجتهاد الفقهي المعاصر ، ص ٤٩١ .

(٢) اختلف الفقهاء في حكم المتعة على أربعة مذاهب ، المذهب الأول : أن المتعة واجبة لكل مطلقة ، وهو رواية عن الشافعي وأحمد وقول ابن حزم ، المذهب الثاني : أن المتعة مستحبة لكل مطلقة ، وبه قال مالك ، المذهب الثالث : المتعة واجبة لكل مطلقة ما عدا المطلقة قبل الدخول وبعد تسمية المهر ، وهو المعتمد عند الشافعية ورواية عند الحنابلة ، المذهب الرابع : المتعة واجبة للمطلقة قبل

=

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

ب- إن فرض التعويض في الطلاق التعسفي ينشأ عنه في كثير من الأحيان ضرر يفوق الذي تحصل عليه الزوجة ، فالزوج الذي يحكم عليه بأنه متعسف في طلاقه سيُبادر إلى كشف أسباب الطلاق وإثارتها ليدفع عن نفسه الحكم بالتعويض ، والحكمة والمصلحة تقتضي عدم كشف هذه الأسباب ، وقد يكون الرجل صادقاً في إثارة هذه الأسباب ، ولكن ما يمكن أن ينشأ من أضرار من جرّاء كشف مبررات وأسباب الطلاق يفوق المصلحة المتحققة منه .

وقد يكون الرجل كاذباً ، فيُلفِّق لمطلقته من التُّهم والشبهات ما يُلحق الضرر بالزوجة وأهلها ، وكل ذلك يؤدي إلى إثارة العداوة والبغضاء في المجتمع[٢].

وبهذا فإن التعويض في كثير من الحالات مع ضعف الوازع الديني في هذا الزمان ، لا يحقق الهدف الذي شرع من أجله ، وهو رفع الضرر عن المرأة ، بل فيه زيادة للضرر ، ومفاسده تربو على مصالحه ، ودرء المفاسد أولى من جلب المصالح .

ج - وأما القول بأن التعويض ردع للأزواج وزجر لهم عن الطلاق التعسفي ، فإن الأصلح في ردع الأزواج عن ذلك هو تقوية الوازع الديني ، عن طريق التربية والتوجيه، وتذكير الزوج مسؤوليته الدينية الأخروية عن الطلاق التعسفي الذي يُلحق الأذى والضرر بالمرأة ، وأما الردع بعقوبة مالية فهو قد يمنع الزوج من الطلاق ، ولكنه لا يحقق الاستقرار والطمأنينة في الأسرة[٣] .

=

الدخول وقبل تسمية المهر ، وهو قول الحنفية ، ينظر : السرخسي ، المبسوط ، ٦١/٦ ، الدردير ، الشرح الكبير ، ٤٢٥/٢ ، الماوردي ، الحاوي ، ٥٤٨/٩ ، ابن قدامة ، المغني ، ١٨٣/٧ ، ابن حزم ، المحلى ، ١٠/ ٢٤٥ .

(١) الزحيلي ، محمد ، التعويض المالي عن الطلاق ، دمشق – سوريا ، دار المكتبي ، ط١ ، ١٤١٨هـ - ١٩٩٨م ، ص ٨٧ .

(٢) ينظر : زيدان ، المفصل ، ٣٥٩/٧ ، الزحيلي ، التعويض المالي عن الطلاق ، ص : ٥٤ .

(٣) ينظر : الأشقر ، الواضح ، ص ٢٦٠ ، جانم ، متعة الطلاق ، ص٢١٨ .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

الترجيح:

بعد هذا العرض للموقف الفقهي والقانوني من التعويض عن الطلاق التعسفي وأسباب ذلك ، يجد الباحث نفسه أميل إلى القول بعدم جواز التعويض عن الطلاق التعسفي ، والاكتفاء في رفع الضرر عن المطلقة بما رتّبه الشرع على الطلاق من حقوق ، نظراً للمفاسد المتعددة لإيجاب التعويض ، ودر المفسدة أولى من جلب المصلحة .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

الخاتمة

الحمد لله الذي بنعمه تتم الصالحات ، الحمد لله الذي منّ عليّ بإتمام هذه الدراسة ، وأسأله سبحانه وتعالى أن يتقبّل مني هذا العمل المتواضع ، وأن يغفر لي ما وقع منّي من خطأ أو تقصير أو سهو ، وأن يرزقني التوفيق والسداد .

وفيما يلي بيان لأهمّ النتائج والتوصيات التي توصّل إليها الباحث من خلال هذه الدراسة.

أولاً : النتائج :

في ختام هذه الدراسة حول تقييد المباح ومدى الإلزام به في فقه الأحوال الشخصية يمكن استخلاص النتائج التالية :

١- إذا كانت دائرة المباح هي أوسع الدوائر في الشريعة الإسلامية ، فإن ذلك لا يعني خلوّ هذه الدائرة من الضوابط والقيود التي تضمن استعمال المباح والانتفاع بما أحلّه الله تعالى ضمن قواعد الشرع ومقاصده .

٢- تمثل واجبات ولي الأمر بمساحتها الواسعة مجالاً لسلطته في تدبير شؤون الناس وترتيب مصالحهم ، ولكي يتمكن ولي الأمر من القيام بهذه الواجبات الموكولة إليه منحه الشارع سلطات تقديرية واسعة في النظر إلى المصلحة العامة .

٣- الناظر في القيود التي جاءت بها الشريعة يستطيع أن يُقسّمها إلى ثلاثة أقسام ، وهي : القيود الأصلية، والقيود الإرادية ، والقيود الاستثنائية ، هذه القيود التي وضعت على المباح تخرجه عن دائرة التخيير إلى دائرة الطلب فعلاً أوتركاً .

٤- المقصود من تقييد المباح : منعُ ولي الأمر فعلَ أو تركَ ما لم يُوجب الشرع فعله أو تركه .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

٥- أعطت الشريعة الإسلامية ولي الأمر الحق في تقييد المباح مطلقاً ، إذا كان التقييد مستنداً للمصلحة الشرعية المعتبرة .

٦- يجب على ولي الأمر الالتزام بالقواعد والضوابط الشرعية عند إصدار تشريع يقيِّد به المباح .

٧- المقصود بالإلزام بتقييد المباح : إيجاب ولي الأمر اتّباع ما صدر عنه من قانون يقيِّد به المباح إيجاباً أو منعاً.

٨- أن مقصد الشرع من منح ولي الأمر سلطة تقييد المباح هو تحقيق المصلحة العامة ، فيجب على ولي الأمر عند القيام بالتقييد تحقيق هذه المصلحة قصداً و فعلاً ، فإن التزم بذلك كان تقييده صحيحاً تترتب عليه الآثار الشرعية ، وإلا كان التصرف باطلاً .

٩- يجب على الرعية طاعة ولي الأمر في التقييد ظاهراً وباطناً إذا كان التقييد محققاً للمصلحة وكان صحيحاً مشروعاً ، وأما إذا لم يكن التقييد موافقاً للمصلحة ، فالأصل عدم وجوب الطاعة إلا إذا ترتّب على عدم الطاعة مفاسد تربو على مفاسد الطاعة ، ففي هذه الحالة ينبغي الطاعة في الظاهر دون الباطن ، مع السعي لإلغاء كل تشريع لا يتوافق مع المصلحة الشرعية ، وإلغاء ما يترتّب عليه من آثار .

١٠- يحق لولي الأمر أن يضع بعض العقوبات التعزيرية على من خالف أمره في تقييد المباح إيجاباً أو منعاً ، بشرط ألا تخرج هذه العقوبة عن قواعد الشريعة وحدودها .

١١- تبنّت بعض قوانين الأحوال الشخصية في البلاد العربية تشريعات تقيد بها المباح لا يبدو ظهور المصلحة الشرعية فيها واضحاً ، مع مخالفة بعضها للنصوص الشرعية الصريحة وإجماع الفقهاء .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

ثانياً : التوصيات :

أما أهم التوصيات التي يُوصى بها في خاتمة هذا البحث فهي ما يلي :

١- ينبغي على الجهات التي تملك سلطة إلغاء القوانين والأنظمة المُخالِفة للشريعة السعي لإلغاء كل تشريع مقيّد للمباح فيه مخالفة للشريعة ، وإلغاء ما يترتب عليه من آثار .

٢- ينبغي على المفتي دراسة ما قررته قوانين الأحوال الشخصية في بلده قبل الإفتاء في هذه المسائل ؛ حتى لا يقع الناس في حيرة واضطراب .

٣- أوصي الباحثين بدراسة الموضوعات التالية :

أ- دراسة حق ولي الأمر في التعزير بإبطال العقود التي تُخالف ما ألزم به من قوانين وتشريعات .

ب- دراسة حكم طاعة ولي الأمر في الظاهر والباطن والتفريق بينهما .

ج- دراسة حكم إلزام المفتي بعدم الإفتاء بما يخالف ما أقرّته قوانين الأحوال الشخصية ، ودراسة آثار الاختلاف بين فتوى الفقهاء وأحكام القانون .

وفي الختام أسأل الله تعالى التوفيق والسداد في القصد والقول والعمل ، والعفو والمغفرة فيما كان منّي من خطأ وتقصير وزلل ، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

© Arabic Digital Library-Yarmouk University

الفهارس

فهرس الآيات القرآنية

فهرس الأحاديث والآثار

فهرس المراجع والمصادر

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

أولا: فهرس الآيات القرآنية*

الرقم	الآية	اسم السورة ورقم الآية	الصفحة
١.	﴿هُوَ ٱلَّذِى خَلَقَ لَكُم مَّا فِى ٱلْأَرْضِ جَمِيعًا﴾	البقرة (٢٩)	٣٣
٢.	﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ كُلُوا۟ مِن طَيِّبَـٰتِ..﴾	البقرة (١٧٢)	٤٠
٣.	﴿فَٱلْـَٰٔنَ بَـٰشِرُوهُنَّ وَٱبْتَغُوا۟ مَا كَتَبَ ٱللَّهُ لَكُمْ..﴾	البقرة (١٨٧)	٢٦
٤.	﴿يَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلشَّهْرِ ٱلْحَرَامِ قِتَالٍ فِيهِ...﴾	البقرة (٢١٧)	١١٣
٥.	﴿يَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْخَمْرِ وَٱلْمَيْسِرِ...﴾	البقرة (٢١٩)	١١٣
٦.	﴿ٱلطَّلَـٰقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌۢ بِمَعْرُوفٍ... ﴾	البقرة (٢٢٩)	٢١٥
٧.	﴿ وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ...﴾	البقرة (٢٣١)	٢١٩
٨.	﴿ لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ...﴾	البقرة (٢٣٦)	٢١٩،٢١٥،٢٤
٩.	﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓا۟ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ ...﴾	البقرة (٢٨٢)	٢٢٩،١٧٠
١٠.	﴿ وَٱسْتَشْهِدُوا۟ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ...﴾	البقرة (٢٨٢)	٢٢٩،١٧١
١١.	﴿ وَإِن كُنتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا۟...﴾	البقرة (٢٨٣)	٢٢٩،١٧١
١٢.	﴿ وَأَطِيعُوا۟ ٱللَّهَ وَٱلرَّسُولَ لَعَلَّكُمْ تُرْحَمُونَ﴾	آل عمران(١٣٢)	١٣٤
١٣.	﴿ وَشَاوِرْهُمْ فِى ٱلْأَمْرِ﴾	آل عمران(١٥٩)	١٢٨
١٤.	﴿فَٱنكِحُوا۟ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ مَثْنَىٰ وَثُلَـٰثَ وَرُبَـٰعَ...﴾	النساء (٣)	٤٥، ١٩٩ ، ٢٠٠ ٢٠٩
١٥.	﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا۟ فَوَٰحِدَةً﴾	النساء (٣)	٢٠٢،٢٠١
١٦.	﴿وَءَاتُوا۟ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَـٰتِهِنَّ نِحْلَةً﴾	النساء (٤)	١٩٥،١٨٥
١٧.	﴿تِلْكَ حُدُودُ ٱللَّهِ ۚ وَمَن يُطِعِ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ﴾	النساء (١٣)	١٤٨
١٨.	﴿ وَعَاشِرُوهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ فَإِن كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَىٰٓ أَن تَكْرَهُوا۟ شَيْـًٔا...﴾	النساء (١٩)	١٨٣
١٩.	﴿ وَإِنْ أَرَدتُّمُ ٱسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَءَاتَيْتُمْ إِحْدَىٰهُنَّ قِنطَارًا ...﴾	النساء (٢٠)	١٩٣،١٩٢،١٨٧ ١٩٥،١٩٤

* رتبت الآيات القرآنية حسب ورودها في المصحف الشريف.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library Yarmouk University

٢٠.	﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَٰتُكُمْ ...﴾	النساء (٢٣)	٤٥
٢١.	﴿ وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ ﴾	النساء (٢٤)	١٩٦،١٨٥،٢٦
٢٢.	﴿ ٱلرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ بِمَا فَضَّلَ ٱللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ ﴾	النساء (٣٤)	٢٢٠
٢٣.	﴿ إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا۟ ٱلْأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهْلِهَا... ﴾	النساء (٥٨)	١٣٠،١٠٣،٥١
٢٤.	﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓا۟ أَطِيعُوا۟ ٱللَّهَ وَأَطِيعُوا۟ ٱلرَّسُولَ وَأُو۟لِى ٱلْأَمْرِ مِنكُمْ ﴾	النساء (٥٩)	١٣٥،٨٩،٧٩،٥٠ ١٤٧،١٤٣
٢٥.	﴿ فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ﴾	النساء (٦٥)	٥٩
٢٦.	﴿ وَإِذَا جَآءَهُمْ أَمْرٌ مِّنَ ٱلْأَمْنِ أَوِ ٱلْخَوْفِ أَذَاعُوا۟ بِهِۦ... ﴾	النساء (٨٣)	٥٠
٢٧.	﴿ وَلَن تَسْتَطِيعُوٓا۟ أَن تَعْدِلُوا۟ بَيْنَ ٱلنِّسَآءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ ... ﴾	النساء (١٢٩)	٢٠٢
٢٨.	﴿ إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ ٱلْمَيْتَةَ وَٱلدَّمَ وَلَحْمَ ٱلْخِنزِيرِ... ﴾	البقرة (١٧٣)	٢٥
٢٩.	﴿ ٱلْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ ... ﴾	المائدة (٠٣)	١
٣٠.	﴿ ٱلْيَوْمَ أُحِلَّ لَكُمُ ٱلطَّيِّبَٰتُ ۖ وَطَعَامُ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَٰبَ حِلٌّ لَّكُمْ ﴾	المائدة (٥)	٩٤
٣١.	﴿ وَإِنْ حَكَمْتَ فَٱحْكُم بَيْنَهُم بِٱلْقِسْطِ ۖ ﴾	المائدة (٤٢)	١٠٣
٣٢.	﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَا تُحَرِّمُوا۟ طَيِّبَٰتِ مَآ أَحَلَّ ٱللَّهُ لَكُمْ ﴾	المائدة (٨٧)	٨٣،٤٠،٢٧
٣٣.	﴿ قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ ٱللَّهِ ٱلَّتِىٓ أَخْرَجَ لِعِبَادِهِۦ وَٱلطَّيِّبَٰتِ مِنَ ٱلرِّزْقِ ﴾	الأعراف (٣٢)	٨٣،٤٠،٣٣،٢٧
٣٤.	﴿ وَيُحِلُّ لَهُمُ ٱلطَّيِّبَٰتِ وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ ٱلْخَبَٰٓئِثَ... ﴾	الأعراف (١٥٧)	٤١
٣٥.	﴿ إِنِ ٱلْحُكْمُ إِلَّا لِلَّهِ ﴾	يوسف (٤٠)	٥٨
٣٦.	﴿ فَكُلُوا۟ مِمَّا رَزَقَكُمُ ٱللَّهُ حَلَٰلًا طَيِّبًا وَٱشْكُرُوا۟ نِعْمَتَ ٱللَّهِ ﴾	النحل (١١٤)	٤٠

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

٣٧.	﴿ وَلَا تَقُولُواْ لِمَا تَصِفُ أَلْسِنَتُكُمُ ٱلْكَذِبَ هَٰذَا حَلَٰلٌ وَهَٰذَا حَرَامٌ ﴾	النحل (١١٦)	٨٣
٣٨.	﴿ وَلَا تَقْرَبُواْ مَالَ ٱلْيَتِيمِ إِلَّا بِٱلَّتِي هِيَ أَحْسَنُ ﴾	الإسراء (٣٤)	١٠٢
٣٩.	﴿ لَوْ كَانَ فِيهِمَآ ءَالِهَةٌ إِلَّا ٱللَّهُ لَفَسَدَتَا ﴾	الأنبياء (٢٢)	١٩٢
٤٠.	﴿ وَلَوِ ٱتَّبَعَ ٱلْحَقُّ أَهْوَآءَهُمْ لَفَسَدَتِ ٱلسَّمَٰوَٰتُ وَٱلْأَرْضُ وَمَن فِيهِنَّ ﴾	المؤمنون(٧١)	١١٧
٤١.	﴿ وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا ... ﴾	النور (٣١)	٢٧
٤٢.	﴿ لَّيْسَ عَلَى ٱلْأَعْمَىٰ حَرَجٌ وَلَا عَلَى ٱلْأَعْرَجِ حَرَجٌ ... ﴾	النور (٦١)	٢٤
٤٣.	﴿ وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا مُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى ٱللَّهُ	الأحزاب (٣٦)	٥٩
٤٤.	﴿ أَمْ لَهُمْ شُرَكَٰٓؤُاْ شَرَعُواْ لَهُم مِّنَ ٱلدِّينِ مَا لَمْ يَأْذَنۢ بِهِ ٱللَّهُ ﴾	الشورى (٢١)	٨٣،٥٩
٤٥.	﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ ... ﴾	الطلاق (١)	٢١٥
٤٦.	﴿ فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ ... ﴾	الطلاق (٢)	٢٢٩
٤٧.	﴿ وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ ﴾	الطلاق (٢)	٢٢٩
٤٨.	﴿ وَٱلَّٰٓـِٔي يَئِسْنَ مِنَ ٱلْمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمْ إِنِ ٱرْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَٰثَةُ أَشْهُرٍ ... ﴾	الطلاق (٤)	١٥٧

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

ثانيا: فهرس الأحاديث والآثار

الرقم	طرف الحديث	الصفحة
١.	« أبغض الحلال إلى الله الطلاق »	٢١
٢.	« أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج »	٤٦
٣.	« اختر منهن أربعاً »	١٩٩،٢٠٠
٤.	« إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران...»	١٤١
٥.	« إذا كان عند الرجل امرأتان فلم يعدل بينهما ..»	٢٠١
٦.	« أعطها ولو خاتماً من حديد »	١٨٦
٧.	« أعظم النساء بركة أيسرهن صداقاً »	١٨٧
٨.	أن حذيفة بن اليمان ﷺ تزوج من يهودية...	٩٣،٩٤
٩.	أنَّ عَلِيًّا خَطَبَ بِنْتَ أبي جَهْلٍ ، فَسَمِعَتْ بِذَلِكَ فَاطِمَةُ ...	٩٢
١٠.	« أن عمر بن الخطاب ﷺ خطب الناس ...	١٩٠،١٩٣
١١.	« أن عمر بن الخطاب ﷺ نهى الرجال أن يطوفوا مع النساء...	١٥٠
١٢.	« إن الله تصدق عليكم عند وفاتكم بثلث أموالكم ...»	٤٦
١٣.	« إن الله فرض فرائض فلا تضيعوها...»	٤١،٨٦
١٤.	« إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث »	٤٦
١٥.	« إن الله ليزع بالسلطان ما لا يزَع بالقرآن »	١٢٤
١٦.	« إن الله هو القابض الباسط الرازق المُسعِّر ...»	٨٧
١٧.	« إنما الطاعة في المعروف »	٩٠،١٤٣
١٨.	« إنما الطلاق لمن أخذ بالساق »	٢٢٠
١٩.	« إنما نهيتكم من أجل الدافة التي دفت عليكم ...»	٩٣
٢٠.	« إن من يُمنِ المرأة تيسير خطبتها ...»	١٨٨
٢١.	« إني أنزلت نفسي من مال الله بمنزلة والي اليتيم..»	١٠٤
٢٢.	« تزوجني رسول الله ﷺ لست سنين ... »	١٥٧

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

٢٣.	جاء رجل إلى النبي ﷺ فقال : إني تزوّجت ...»	١٨٨
٢٤.	« الحلال ما أحلّه الله في كتابه ... »	٨٥،٣٣
٢٥.	« دعانا رسول الله ﷺ فبايعناه ...»	١٤٣،٩٠
٢٦.	« رُفع القلم عن ثلاثة ...»	٢٥
٢٧.	«عَادَنِي النبي ﷺ في حَجَّةِ الْوَدَاعِ...»	٤٦
٢٨.	« على المرء المسلم السمع والطاعة فيما أحب وكره...»	١٤٤،٩٠
٢٩.	« كان الطلاق على عهد رسول الله ﷺ ...»	٩٥
٣٠.	« كان عُمر يأتي مجزرة الزبير بن العوام بالبقيع...»	١٥٠
٣١.	« كلّكم راع فمسؤول عن رعيته ...»	٥١
٣٢.	« لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل »	١٧١
٣٣.	« لا يجمع بين المرأة وعمتها... »	١٩٩،٤٥
٣٤.	« اللهم هذا قسمي فيما أملك... »	٢٠٢
٣٥.	« لَوْلَا حَدَاثَةُ عَهْدِ قَوْمِكِ بِالْكُفْرِ لَنَقَضْتُ الْكَعْبَةَ ...»	١٠٧
٣٦.	« المؤمن أخو المؤمن ...»	٤٤
٣٧.	« مُره فليراجعها ، ثم ليمسكها حتى تطهر ...»	٢١٥
٣٨.	« المسلمون على شروطهم ... »	٤٧
٣٩.	« نهى رسول اللَّهِ ﷺ أَنْ يُتَلَقَّى الرُّكْبَانُ ...»	١١٤
٤٠.	« نهى النبي ﷺ أن يبيع حاضر لباد »	١١٤
٤١.	« يا معشر الشباب من استطاع الباءة فليتزوج ...»	١٥٨

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

© Arabic Digital Library-Yarmouk University

فهرس المراجع والمصادر

أولاً : القرآن الكريم

١.الآمدي ، علي بن محمد، الإحكام في أصول الأحكام، تحقيق: سيد الجميلي، بيروت – لبنان، دار الكتاب العربي، ط١، ١٤٠٤هـ .

٢.ابن الأثير، المبارك بن محمد، النهاية في غريب الحديث والأثر، تحقيق: طاهر الزاوي، محمود الطناحي، بيروت – لبنان، المكتبة العلمية، ١٣٩٩هـ-١٩٧٩م .

٣.أحمد نصر، شرح قانون الأسرة الجزائري، القاهرة – مصر، دار الكتب القانونية، دار شتات، ٢٠٠٩م

٤.احميدان ، زياد محمد ، مقاصد الشريعة الإسلامية ، بيروت- لبنان ، مؤسسة الرسالة ناشرون ، ط١ ، ١٤٢٩هـ - ٢٠٠٨م .

٥.الأزهري ، محمد بن أحمد، تهذيب اللغة ، بيروت – لبنان، دار إحياء التراث العربي، ط الأولى، ٢٠٠١م

٦.الأشقر، أسامة عمر، مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، عمّان – الأردن، دار النفائس، ط٢، ١٤٢٥هـ-٢٠٠٥م .

٧.الأشقر، عمر سليمان ، الواضح في شرح الأحوال الشخصية، عمّان – الأردن، دار النفائس، ط٣، ١٤٢٦هـ-٢٠٠٦م .

٨.الأشقر، محمد سليمان، أفعال الرسول ﷺ ودلالتها على الأحكام الشرعية، بيروت – لبنان، مؤسسة الرسالة، ط٢، ١٤٠٨هـ-١٩٨٨م .

٩.الألوسي: شهاب الدين السيد محمود ، روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني ، بيروت – لبنان، دار إحياء التراث العربي ، (د.ت)

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

١٠.أنيس، إبراهيم، المعجم الوسيط، تحقيق: مجمع اللغة العربية، دار الدعوة ، (د.ت)

١١.البجيرمي، سليمان بن عمر، حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب، القاهرة – مصر، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، ١٣٦٩هـ-١٩٥٠م

١٢.بدارنة، عادل لطفي، دليل مؤشرات الزواج والطلاق في الأردن، عمّان – الأردن، جمعية العفاف الخيرية، ط١، ١٤٣٠هـ-٢٠٠٩م .

١٣.أبو البصل، عبد الناصر، مدى سلطة ولي الأمر في إيقاع الطلاق، مجلة أبحاث اليرموك، إربد – الأردن، المجلد ١١، العدد ٣، ١٩٩٥م .

١٤.ابن بطال، علي بن خلف، شرح صحيح البخاري ، علّق عليه: أبو تميم ياسر بن إبراهيم، الرياض – السعودية، دار الرشد، ط١، ١٤٢٠هـ-٢٠٠٠م .

١٥.بلتاجي، محمد، الأحوال الشخصية، القاهرة – مصر، دار السلام، ط١، ١٤٢٧هـ-٢٠٠٦م.

١٦.بوترعة، محمود، رئيس الدولة في الفكر الإسلامي، دمشق – سوريا، دار المصطفى، ط١، ١٤٢٩هـ-٢٠٠٨م .

١٧.البورنو : محمد صدقي بن أحمد ، موسوعة القواعد الفقهية ، بيروت – لبنان ، مؤسسة الرسالة ، ط١ ، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م .

١٨.البوطي، محمد سعيد، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، دمشق – سوريا، دار الفكر، ط٤، ٢٠٠٥م

١٩.البيهقي ، أحمد بن الحسين ، السنن الكبرى ، تحقيق: محمد عبد القادر عطا ، مكة المكرمة – السعودية ، دار الباز ، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م .

٢٠.تاج، عبد الرحمن، السياسة الشرعية والفقه الإسلامي، القاهرة – مصر، دار التأليف، ط١، ١٩٥٣م

٢١.توفيق، عبد العزيز، مدونة الأحوال الشخصية مع آخر التعديلات، الدار البيضاء – المغرب، دار

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

٢٢.التونجي، عبد السلام، مؤسسة الإباحة في الشريعة الإسلامية، طرابلس – ليبيا، منشورات جمعية الدعوة الإسلامية العالمية، ٢٠٠٧م .

٢٣.ابن تيمية: احمد بن عبد الحليم، السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية، بيروت – لبنان، دار الآفاق الجديدة، ط الأولى، ١٤٠٣هـ-١٩٨٣م .

٢٤. ـــــــ، مجموع الفتاوى، تحقيق: عبد الرحمن العاصمي، الرياض – السعودية، دار ابن تيمية

٢٥.الثمالي ، عبدالله مصلح ،١٤٠٥هـ ، الحرية الاقتصادية وتدخل الدولة في النشاط الاقتصادي في الإسلام ، دكتوراة ، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية ، جامعة أم القرى ، السعودية.

٢٦.جانم ، جميل فخري ، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي ، عمان – الأردن ، دار الحامد ، ط١ ، ١٤٢٩هـ- ٢٠٠٩م .

٢٧.الجرجاني: علي بن محمد، التعريفات، تحقيق إبراهيم الأبياري، بيروت – لبنان، دار الكتاب العربي، ط١، ١٤٠٥هـ .

٢٨.الجليدي: سعيد محمد، أحكام الأسرة في الزواج والطلاق وآثارهما، الخمس – ليبيا، مطابع عصر الجماهير، ط٢، ١٩٨٨م

٢٩.جمعية العفاف الخيرية ، ندوة الفحص الطبي قبل الزواج من منظور طبي وشرعي ، تحرير: فاروق بدران، عادل بدارنة ، عمّان – الأردن ، جمعية العفاف الخيرية ، (د.ت).

٣٠.الجمل، سليمان، حاشية الجمل على شرح المنهج، بيروت – لبنان، دار الفكر ، (د.ت) .

٣١.الجنيدي، علي حسين، ٢٠٠٩م، التفريق القضائي بين الزوجين، ماجستير، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، قسم الفقه وأصوله، جامعة اليرموك، الأردن

٣٢.جوجو، حسن علي، ١٤١٥هـ-١٩٩٤م، القيود الواردة على سلطة الحاكم في الشريعة الإسلامية،

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

دكتوراة، كلية الشريعة والقانون، جامعة أم درمان الإسلامية، السودان .

٣٣.ابن الجوزي، عبد الرحمن بن علي، تاريخ عمر بن الخطاب، عمّان – الأردن، دار الإسراء، ط الأولى، ٢٠٠٤م .

٣٤.الجويني، عبد الملك بن عبد الله، غياث الأمم في التياث الظلم، تحقيق: فؤاد عبد المنعم ، مصطفى حلمي ، الإسكندرية – مصر، دار الدعوة، ط١، ١٩٧٩م .

٣٥.الحاكم، محمد بن عبد الله ، المستدرك على الصحيحين، تحقيق: مصطفى عطا، بيروت- لبنان، دار الكتب العلمية، ط١، ١٤١١هـ-١٩٩٠م .

٣٦.ابن حبان، محمد بن حبان البستي، صحيح ابن حبان، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، بيروت – لبنان، مؤسسة الرسالة، ط٢، ١٤١٤هـ-١٩٩٣م .

٣٧.ابن حجر : أحمد بن علي ، التلخيص الحبير في أحاديث الرافعي الكبير ، تحقيق: السيد عبدالله هاشم اليماني المدني ، المدينة المنورة – السعودية ، ١٣٨٤ – ١٩٦٤ م

٣٨._____، فتح الباري بشرح صحيح البخاري ، تحقيق : محب الدين الخطيب ، بيروت – لبنان ، دار المعرفة ، (د.ت) .

٣٩.الحجيلي، عبد الله بن محمد، علم التوثيق الشرعي ، الرياض – السعودية، مطبوعات مكتبة الملك فهد الوطنية ، ١٤٢٤هـ-٢٠٠٣م .

٤٠.ابن حزم: علي بن محمد، المحلّى، بيروت – لبنان، دار الآفاق الجديدة ، (د.ت)

٤١.الحطاب، محمد بن محمد، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، الرياض – السعودية، دار عالم الكتب، ١٤٢٣هـ-٢٠٠٣م .

٤٢.حقي، خاشع، تعدد الزوجات أم تعدد الزوجات، بيروت – لبنان، دار ابن حزم، ط١، ١٤١٧هـ-١٩٩٧م .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

© Arabic Digital Library-Yarmouk University

٤٣.حماد ، نزيه ، معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء ، فرجينيا – أمريكا ، المعهد العالمي للفكر الإسلامي ، ط ١ ، ١٤١٤ هـ - ١٩٩٣ م .

٤٤.ابن حنبل، أحمد، المسند، القاهرة – مصر، مؤسسة قرطبة ، (د.ت) .

٤٥.حيدر، علي، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، تعريب: فهمي الحسيني، بيروت – لبنان، دار الكتب العلمية ، (د.ت) .

٤٦.الخفيف ، علي، أحكام المعاملات الشرعية، القاهرة – مصر ، دار الفكر العربي، ط٣، ١٩٨ ، (د.ت).

٤٧._____، فرق الزواج، القاهرة – مصر، دار الفكر العربي، ط١، ١٤٢٩هـ-٢٠٠٨م .

٤٨.خلاف: عبد الوهاب، السلطات الثلاث في الإسلام، القاهرة – مصر، دار آفاق الغد، ط١، ١٤٠٠هـ-١٩٨٠م .

٤٩._____، السياسة الشرعية، القاهرة – مصر، دار الأنصار، ١٣٩٧هـ-١٩٧٧م .

٥٠._____، مصادر التشريع فيما لا نص فيه، الكويت – الكويت، دار القلم، ط٥، ١٤٠٢هـ-١٩٨٢م .

٥١.ابن خلدون ، عبد الرحمن بن محمد ، مقدمة ابن خلدون ، بيروت – لبنان، دار القلم، ط الخامسة، ١٩٨٤م .

٥٢.داود، أحمد محمد، الأحوال الشخصية، عمّان – الأردن، دار الثقافة، ط١، ٢٠٠٩م، ١٤٣٠هـ .

٥٣.الدسوقي: محمد عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، بيروت – لبنان، دار الفكر ، (د.ت) .

٥٤.الدردير، أحمد بن محمد، الشرح الصغير على أقرب المسالك، الخرطوم – السودان، الدار السودانية، ط الأولى، ١٤١٨هـ-١٩٩٨م .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

٥٥.الدريني، فتحي، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، بيروت – لبنان، مؤسسة الرسالة، ط٢، ١٤٢٩هـ-٢٠٠٨م .

٥٦.ـــــ، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، بيروت – لبنان، مؤسسة الرسالة، ط١، ١٤١٧هـ-١٩٩٧م .

٥٧.ـــــ، خصائص التشريع الإسلامي في السياسة والحكم، بيروت- لبنان، مؤسسة الرسالة، ط٢، ١٤٢٩هـ-٢٠٠٨م .

٥٨.ـــــ، نظرية التعسف في استعمال الحق، بيروت – لبنان، مؤسسة الرسالة، ط٢، ١٤١٩هـ-١٩٩٨م .

٥٩.الدهلوي ، أحمد عبد الرحيم، حجة الله البالغة، تحقيق: سيد سابق، القاهرة – مصر، دار الكتب الحديثة ، (د.ت) .

٦٠.الرازي: محمد بن أبي بكر، مختار الصحاح، القاهرة – مصر، دار السلام، ط الأولى، ١٤٢٨هـ-٢٠٠٧م .

٦١.الرازي، محمد بن عمر، مفاتيح الغيب، بيروت – لبنان، دار الكتب العلمية، ط١، ١٤٢١هـ-٢٠٠٠م .

٦٢.ـــــــ، المحصول في علم الأصول، تحقيق : طه جابر العلواني، الرياض – السعودية ، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، ط١، ١٤٠٠هـ .

٦٣.الربيع : وليد خالد ، الإلزام في التصرفات المالية في الفقه الإسلامي ، عمان – الأردن ، دار النفائس، ط١، ١٤٢٧هـ- ٢٠٠٧م .

٦٤.ابن رشد ، محمد بن أحمد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، بيروت – لبنان، دار الفكر ، (د.ت).

٦٥.الريس: محمد ضياء الدين، النظريات السياسية الإسلامية، القاهرة – مصر، دار التراث، ط السابعة ، (د.ت) .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

٦٦.، الريسوني : أحمد ، نظرية المقاصد عند الشاطبي ، فرجينيا – أمريكا ، المعهد العالمي للفكر الإسلامي ، ط٤ ، ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م .

٦٧.الريسوني، قطب، التعارض الراجح والمشهور في المذهب المالكي، بيروت – لبنان، دار ابن حزم، ط الأولى، ١٤٣٠هـ-٢٠٠٩م

٦٨.زبيدة: الهادي علي، أحكام الأسرة في التشريع الليبي، سبها – ليبيا، ط١، ٢٠٠٩م،

٦٩.الزحيلي ، محمد ، التعويض المالي عن الطلاق ، دمشق – سوريا ، دار المكتبي ، ط١ ، ١٤١٨هـ - ١٩٩٨م .

٧٠.الزحيلي ، وهبه ، الفقه الإسلامي وأدلته ، دمشق – سوريا ، دار الفكر ، ط ٢ ، ١٤٠٤ هـ - ١٩٨٤ م .

٧١.الزرقاء، احمد بن محمد، شرح القواعد الفقهية، تحقيق: مصطفى الزرقا، دمشق – سوريا، دار القلم، ط٢، ١٤٠٩هـ-١٩٨٩م .

٧٢.الزرقا : مصطفى ، المدخل الفقهي العام ، دمشق – سوريا ، دار القلم ، ط٢ ، ١٤٢٥ هـ - ٢٠٠٤م .

٧٣.الزركشي، محمد بن بهادر، المنثور في القواعد، تحقيق: تيسير فائق، الكويت، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، ط٢، ١٤٠٥هـ .

٧٤.ـــــــــ، البحر المحيط في أصول الفقه ، الكويت – وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ، ط ٢ ، ١٤١٣ هـ - ١٩٩٢ م .

٧٥.أبو زنيد : عبد الحميد علي ، إقرار الله جل جلاله في زمن النبوة ومدى الاحتجاج به ، ط ١ ، ١٤١٠ هـ - ١٩٩٠ م .

٧٦.أبو زهرة، محمد، أصول الفقه، القاهرة، مصر، دار الفكر العربي ، (د.ت) .

٧٧.ـــــ، تنظيم الأسرة وتنظيم النسل، القاهرة – مصر، دار الفكر العربي، ١٤٢٦هـ-٢٠٠٥م.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

٧٨.ـــــ، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي، القاهرة – مصر، دار الفكر العربي ، (د.ت) .

٧٩.أبو زيد، بكر بن عبد الله، التقنين والإلزام، الرياض – السعودية، دار الهلال، ط١، ١٤٠٢هـ-١٩٨٢م .

٨٠.ـــــ، فقه النوازل، بيروت – لبنان، مؤسسة الرسالة ناشرون، ط١، ١٤٢٧هـ-٢٠٠٦م .

٨١.زيدان، عبد الكريم، القيود الواردة على الملكية الخاصة للمصلحة العامة، عمّان- الأردن، جمعية عمّال المطابع التعاونية، ط١، ١٤٠٢هـ-١٩٨٢م

٨٢.ـــــ، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، بيروت – لبنان، مؤسسة الرسالة، ط١، ١٤١٣ه-١٩٩٣م .

٨٣.السباعي، مصطفى، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، دمشق – سوريا، مطبعة جامعة دمشق، ١٣٨٥هـ-١٩٦٥م .

٨٤.ـــــ، المرأة بين الفقه والقانون ، بيروت – لبنان، المكتب الإسلامي، ط٦، ١٤٠٤هـ-١٩٨٤م .

٨٥.السرخسي، شمس الدين أبو بكر محمد بن أبي سهل، المبسوط، بيروت – لبنان، دار المعرفة ، (د.ت) .

٨٦.السرطاوي، محمود علي، فقه الأحوال الشخصية، عمّان – الأردن، دار الفكر، ط١، ١٤٢٨هـ-٢٠٠٨م .

٨٧.ابن سعودي، أحمد بن عبد الكريم، الحد الحثيث في بيان ما ليس بحديث، تحقيق: بكر أبو زيد، الرياض – السعودية، دار الراية، ط١، ١٤١٢هـ .

٨٨.السويد، ناجي إبراهيم، فقه الموازنات، بيروت – لبنان، دار الكتب العلمية، ط١، ١٤٢٣هـ-٢٠٠٢م .

٨٩.السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر، الأشباه والنظائر، بيروت – لبنان، دار الكتب العلمية، ط١، ١٤٠٣هـ .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

٩٠.الشاطبي: إبراهيم بن موسى، الموافقات ، تعليق: عبد الله دراز، بيروت- لبنان، دار المعرفة ، (د.ت) .

٩١.الشافعي، محمد بن إدريس، الأم، بيروت – لبنان، دار المعرفة، ط٢، ١٣٩٣هـ .

٩٢.شاكر، أحمد محمد، نظام الطلاق في الإسلام، مصر، دار الطباعة القومية، ط٢، ١٣٨٩هـ .

٩٣.الشتري، عبد الرحمن بن سعد ، حكم تقنين منع تزويج الصغيرات وتحديد سن الزواج ، الفيوم- مصر، دار الفلاح ، ١٤٣١هـ-٢٠١٠م .

٩٤.الشرواني، عبد الحميد، حواشي الشرواني على تحفة المحتاج، بيروت – لبنان، دار الفكر ، (د.ت) .

٩٥.الشريف، محمد بن شاكر، تقييد المباح أو الإلزام به، ١٤٢٩هـ-١٢-٢٦، www.salmajed.com

٩٦.شلبي، محمد مصطفى، تعليل الأحكام، بيروت – لبنان، دار النهضة العربية، ١٩٨١

٩٧.الشنقيطي: محمود مصطفى، تعدد الزوجات وأثره في المجتمع، أبو ظبي – الإمارات، دار الكتب الوطنية ، (د.ت) .

٩٨.الشوكاني : محمد بن علي ، إرشاد الفحول إلى تحقيق علم الأصول ، تحقيق: محمد سعيد البدري أبو مصعب ، بيروت - لبنان ، دار الفكر / ط١ ، ١٤١٢هـ -١٩٩٢م .

٩٩.ـــــ، فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير، بيروت – لبنان، دار الفكر ، (د.ت) .

١٠٠.ـــــ، نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار شرح منتقى الأخبار، بيروت – لبنان، دار الجيل، ١٩٧٣م .

١٠١.ابن أبي شيبة ، أبو بكر عبد الله بن محمد ، الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار ، تحقيق: كمال يوسف الحوت ، الرياض – السعودية ، دار الرشد ، ط١ ، ١٤٠٩هـ .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

١٠٢.الصابوني، عبد الرحمن، مدى حرية الزوجين في الطلاق، دمشق – سوريا، مطبعة جامعة دمشق، ١٣٨٢هـ-١٩٦٢م .

١٠٣.ـــــ، نظام الأسرة وحلّ مشكلاتها في ضوء الإسلام، القاهرة – مصر، مكتبة وهبة، ط٩، ١٤٠٣هـ-١٩٨٣م .

١٠٤.الصابوني، محمد علي، الزواج الإسلامي المبكر، دمشق – سوريا، دار القلم، ط١، ١٤١١هـ-١٩٩١م .

١٠٥.صالح، سعاد ، الطلاق بين الإطلاق والتقييد، القاهرة – مصر، دار التعاون ، (د.ت) .

١٠٦.الصراف، شيماء، أحكام المرأة بين الاجتهاد والتقليد، بيروت – لبنان، مؤسسة الانتشار العربي، ط١، ٢٠٠٨م .

١٠٧.صقر، نبيل، قانون الأسرة نصاً وتطبيقاً، عين مليلة، الجزائر، دار الهدى، ٢٠٠٨م

١٠٨.الصلابي، علي ، الشورى فريضة إسلامية ، دمشق – سوريا ، دار ابن كثير ، ط١، ١٤٣١هـ-٢٠١٠م .

١٠٩.ضمره، عبد الجليل زهير، الحكم الشرعي بين أصالة الثبات والصلاحية، عمّان – الأردن، دار النفائس، ط١، ١٤٢٦هـ-٢٠٠٦م .

١١٠.ضميرية، عثمان جمعة النظام السياسي والدستوري في الإسلام، الشارقة – الإمارات العربية المتحدة، جامعة الشارقة، ط الأولى، ١٤٢٨هـ-٢٠٠٧م .

١١١.الطبراني: سليمان بن أحمد، المعجم الكبير، تحقيق: حمد بن عبد المجيد، الموصل – العراق، مكتبة الزهراء، ط٢، ١٤٠٤هـ-١٩٨٣م .

١١٢.الطبري، محمد بن جرير، جامع البيان عن تأويل آي القرآن، بيروت – لبنان، دار الفكر، ١٤٠٥هـ .

١١٣.الطريفي: عبد الله، طاعة أولي الأمر، الرياض – السعودية، دار المسلم، ط١، ١٤١٤هـ-١٩٩٤م

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

١١٤.الطماوي، سليمان محمد، السلطات الثلاث، القاهرة – مصر، دار الفكر العربي، ط السادسة، ١٤١٦هـ-١٩٩٦م .

١١٥.عابدين : محمد أمين، حاشية ردّ المحتار على الدر المختار، بيروت – لبنان، دار الفكر، ١٤٢١هـ-٢٠٠٠م .

١١٦.بن عاشور، محمد الطاهر، مقاصد الشريعة الإسلامية، تحقيق: محمد الميساوي، عمّان – الأردن، دار النفائس، ط١، ١٤٢٠هـ-١٩٩٩م .

١١٧.العالم، عبد السلام محمد، الزواج والطلاق في القانون الليبي، بنغازي – ليبيا، منشورات جامعة قاريونس، ط٢، ١٩٩٥م .

١١٨.عامر ، عبدالعزيز ، التعزير في الشريعة الإسلامية ، القاهرة – مصر ، دار الفكر العربي ، (د.ت) .

١١٩.ابن عبد البر، يوسف بن عبد الله، الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار، تحقيق: سالم عطا، محمد معوض، بيروت – لبنان، دار الكتب العلمية، ط١، ٢٠٠٠م،

١٢٠.ـــــــ، التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، الرباط – المغرب، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، تحقيق: مصطفى العلوي، محمد البكري، ١٣٨٧هـ .

١٢١.عبد الحميد ، محمد محيي الدين ، الأحوال الشخصية، بيروت – لبنان، دار الكتب العلمية، ١٤٢٤هـ-٢٠٠٣م .

١٢٢.عبد الرزاق ، أبو بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني ، المصنف ، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي ، بيروت – لبنان ، المكتب الإسلامي ، ط٢ ، ١٤٠٣هـ .

١٢٣.ابن عبد السلام، عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، تحقيق: نزيه حمّاد، عثمان ضميرية، دمشق – سوريا، دار القلم، ط١، ١٤٢١هـ-٢٠٠٠م

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

١٢٤.عبيدات، رافع محمد، موقف الإسلام من تعدد الزوجات، إربد – الأردن، دار الكتاب، ١٤٢١هـ-٢٠٠١م .

١٢٥.عتر، نور الدين، أبغض الحلال، بيروت – لبنان، مؤسسة الرسالة، ط٣، ١٤٠٤هـ-١٩٨٤م .

١٢٦.العتيبي، غزيل بنت علي، ١٤٢٧هـ، سلطة ولي الأمر في تقييد المباح، ماجستير، كلية التربية، جامعة الملك سعود، السعودية .

١٢٧.العراقي، حماد، شرح قانون الزواج المغربي، الدار البيضاء – المغرب، المطبعة الملكية ، (د.ت) .

١٢٨.العربي: بلحاج، قانون الأسرة، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، ١٩٩٤م

١٢٩.عشا، غسان، الزواج والطلاق وتعدد الزوجات في الإسلام، بيروت لبنان، دار الساقي، ط١، ٢٠٠٤م .

١٣٠.عضيبات ، صفوان محمد ، الفحص الطبي قبل الزواج، عمّان – الأردن، دار الثقافة، ط١، ٢٠٠٩م .

١٣١.عقلة ، محمد، نظام الأسرة في الإسلام ، عمّان – الأردن، مكتبة الرسالة الحديثة ، ط١، ١٤١٠هـ-١٩٩٠م .

١٣٢.علي: محمد إبراهيم، اصطلاح المذهب عند المالكية، دبي- الإمارات، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، ط١، ١٤٢١هـ-٢٠٠٠م

١٣٣.علي، محمود، الطلاق بين الإطلاق والتقييد، القاهرة، مصر، دار الاتحاد العربي، ١٣٩٨هـ-١٩٧٨م .

١٣٤.بن عمر، عمر بن صالح، مقاصد الشريعة عند الإمام العز ابن عبد السلام، عمّان – الأردن، دار النفائس، ط١، ١٤٢٣هـ-٢٠٠٣م .

١٣٥.العمراني، عبد الرحمن، الاجتهاد الفقهي المعاصر في أحكام الأسرة، دبي – الإمارات، مركز

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

جمعة الماجد، ط١، ١٤٢٠هـ-٢٠٠٩م .

١٣٦.العنبري، خالد، فقه السياسة الشرعية، القاهرة – مصر، دار المنهاج، ١٤٢٥هـ-٢٠٠٤م .

١٣٧.عودة ، عبدالقادر ، التشريع الجنائي الإسلامي ، بيروت – لبنان ، مؤسسة الرسالة ، ط٨ ، ١٤٠٦هـ -١٩٨٦م .

١٣٨.عياض بن موسى ، إكمال المعلم بفوائد مسلم ، المنصورة – مصر، دار الوفاء، ط١، ١٤١٩هـ-١٩٩٨م .

١٣٩.أبو عيد ، عارف خليل، نظام الحكم في الإسلام ، عمّان – الأردن، دار النفائس، ط١، ١٤١٦هـ-١٩٩٦م .

١٤٠.الغرياني، الصادق بن عبد الرحمن، مدونة الفقه المالكي وأدلته، ليبيا، مكتبة الشعب، ط٣، ٢٠٠٥م.

١٤١.ـــــ، معنى تقييد المباح، ١٤١٣هـ-٢٠١٠مwww.tanasuh.com

١٤٢.الغزالي، محمد بن محمد، المستصفى من علم الأصول، القاهرة – مصر، المطبعة الأميرية، ط١، ١٣٢٢هـ .

١٤٣.ـــــ، الوسيط في المذهب، تحقيق أحمد إبراهيم، محمد تامر، القاهرة – مصر، دار السلام، ط١، ١٤١٧هـ .

١٤٤.الغندور، أحمد، الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي، بيروت – لبنان، مكتبة الفلاح، ط الرابعة، ١٤٢٢هـ-٢٠٠١م .

١٤٥.ابن فارس، أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام هارون، القاهرة – مصر، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، ط٢، ١٣٨٩هـ، ١٩٦٩م .

١٤٦.الفاكهي ، محمد بن إسحاق ، أخبار مكة في قديم الدهر وحديثه ، تحقيق: د. عبد الملك عبد الله دهيش ، بيروت –لبنان ، دار خضر ، ط٢ ، ١٤١٤هـ .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

١٤٧.ابن فرحون برهان الدين إبراهيم بن محمد، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، تحقيق: جمال مرعشلي، بيروت – لبنان، دار الكتب العلمية، ١٤٢٢هـ-٢٠٠١م .

١٤٨.الفيروزآبادي، محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، بيروت – لبنان، دار الرسالة ، (د.ت) .

١٤٩.القاسم: عبد الرحمن بن عبد العزيز، النظام القضائي الإسلامي، القاهرة – مصر، مطبعة السعادة، ط الأولى، ١٣٩٣هـ-١٩٧٣م .

١٥٠.ابن قدامة، عبد الله بن أحمد، الكافي في الفقه على مذهب الإمام المبجل أحمد بن حنبل، تحقيق: عادل عبد الموجود، علي معوض، أحمد المعطراوي، بيروت – لبنان، دار الكتاب العربي، ط الأولى، ١٤٢١هـ-٢٠٠٠م .

١٥١.ـــــــــــــ، المغني، بيروت – لبنان، دار الفكر، ط١، ١٤٠٥هـ .

١٥٢.ـــــــــــــ، روضة الناظر وجنة المناظر ، تحقيق : عبدالعزيز السعيد ، الرياض – السعودية ، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية،ط٢ ، ١٣٩٩هـ .

١٥٣.القرافي: أحمد بن إدريس، الأحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام، تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة، بيروت – لبنان، دار البشائر الإسلامية، ط٤، ١٤٣٠هـ-٢٠٠٩م .

١٥٤.ـــــــــــــ، الذخيرة، تحقيق: محمد أبو خبزة، سعيد أعراب، بيروت- لبنان، دار الغرب الإسلامي، ط الأولى، ١٩٩٤م،

١٥٥.ـــــــــــــ، شرح تنقيح الفصول، القاهرة – مصر، مكتبة الكليات الأزهرية، دار الفكر، ط١، ١٣٩٣هـ-١٩٧٣م .

١٥٦.ـــــــــــــ، الفروق، تحقيق: عمر حسن القيّام، بيروت – لبنان، مؤسسة الرسالة، ط١، ١٤٢٤هـ-٢٠٠٣م .

١٥٧.القرضاوي : يوسف ، الحلال والحرام في الإسلام ، دمشق – سوريا ، المكتب الإسلامي ، ط١٣ ، ١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

١٥٨. ـــــــــــــ، دراسة في فقه مقاصد الشريعة، القاهرة – مصر، دار الشروق، ط٣، ٢٠٠٨م.

١٥٩. ـــــــــــــ، السياسة الشرعية في ضوء نصوص الشريعة ومقاصدها ، القاهرة – مصر ، مكتبة وهبة ، ط٢ ، ١٤٢٦هـ - ٢٠٠٥م .

١٦٠. القرطبي : محمد بن أحمد الأنصاري ، الجامع لأحكام القرآن، بيروت – لبنان ، دار الكتب العلمية ، ١٤١٣ هـ - ١٩٩٣ م .

١٦١. قمحاوي، محمد حامد، وعبد الله، السيد عمر، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين. الإسكندرية – مصر، دار المطبوعات الجامعية، ١٩٨٦م .

١٦٢. قويدر، عبد الله، ٢٠٠٦م، أثر مقاصد الشريعة في تحديد مناط الحكم تخريجاً وتنقيحاً وتحقيقاً ، أطروحة دكتوراة ، كلية الشريعة ، قسم الفقه وأصوله، الجامعة الأردنية، الأردن .

١٦٣. ابن القيم، محمد بن أبي بكر، إغاثة اللهفان من مصائد الشيطان، تحقيق: محمد حامد الفقي، بيروت – لبنان، دار المعرفة، ط٢، ١٣٩٥هـ-١٩٧٥م .

١٦٤. ـــــــــــــ، بدائع الفوائد ، تحقيق: هشام عطا عادل عبد الحميد، مكة المكرمة- السعودية، مكتبة الباز، ط١، ١٤١٦هـ-١٩٩٦م .

١٦٥. ـــــــــــــ، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، تحقيق: صالح الشامي، بيروت – لبنان، المكتب الإسلامي، ط١، ١٤٢٣هـ-٢٠٠٢م .

١٦٦. الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، بيروت – لبنان، دار الكتاب العربي، ط٢، ١٤٠٢هـ-١٩٨٢م .

١٦٧. ابن كثير: إسماعيل بن عمر، تفسير القرآن الكريم العظيم، بيروت- لبنان، دار الفكر، ١٤٠١هـ .

١٦٨. الكيلاني : عبد الرحمن ، التطبيقات المعاصرة للمصالح المرسلة في المجال الأسري ، مجلة الشريعة والقانون، أبو ظبي – الإمارات، العدد ٢٧، ١٤٢٧هـ-٢٠٠٦م .

١٦٩. الكيلاني، عبد الله إبراهيم، السياسة الشرعية مدخل إلى تجديد الخطاب الإسلامي، عمّان –

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

الأردن، دار الفرقان، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، ط١، ١٤٣٠هـ-٢٠٠٩م .

١٧٠. ـــــــــــ، القيود الواردة على سلطة الدولة في الإسلام وضماناتها، بيروت – لبنان، دار الرسالة، دار البشير، ط الأولى، ١٤١٨هـ-١٩٩٧م .

١٧١. أبو كيلة، عبد الفتاح أحمد، الفحص الطبي قبل الزواج، الإسكندرية – مصر، دار الفكر الجامعي، ط١، ٢٠٠٨م .

١٧٢. الماوردي، علي بن محمد، الأحكام السلطانية والولايات الدينية ، بيروت – لبنان ، ١٤٠٥هـ-١٩٨٥م .

١٧٣. ـــــــــــ، الحاوي الكبير، تحقيق :علي معوض، عادل عبد الموجود، بيروت- لبنان، دار الكتب العلمية، ط١، ١٤١٩هـ-١٩٩٩م .

١٧٤. المبارك، محمد ، نظام الإسلام والحكم والدولة ، بيروت – لبنان، دار الفكر، ط٣، ١٤٠٠هـ-١٩٨٠م .

١٧٥. آل محمود، عبد الله بن زيد، مجموعة رسائل الشيخ عبد الله بن زيد آل محمود، الدوحة – قطر، دار العلوم، ط٣، ١٤١٢هـ-١٩٩٢م .

١٧٦. مدكور، محمد سلام، معالم الدولة في الإسلام، الكويت، مكتبة الفلاح، ط الأولى، ١٤٠٣هـ-١٩٨٣م .

١٧٧. ـــــــــــ، نظرية الإباحة عند الفقهاء والأصوليين، القاهرة – مصر، دار النهضة العربية، ط٢، ١٩٨٤م .

١٧٨. المرزوقي، محمد بن عبد الله، سلطة ولي الأمر في تقييد سلطة القاضي، الرياض- السعودية، مكتبة العبيكان، ط١، ١٤٢٥هـ-٢٠٠٤م .

١٧٩. المرغيناني، برهان الدين علي بن أبي بكر، بداية المبتدي، القاهرة، - مصر، دار محمد علي صبح ، (د.ت) .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

١٨٠.مكداش، سها سليم، تغيّر الأحكام، بيروت – لبنان، دار البشائر الإسلامية، ط١، ١٤٢٨هـ-٢٠٠٧م .

١٨١.ابن الملقن، سراج الدين عمر بن علي، البدر المنير في تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير، تحقيق: مصطفى أبو الغيط، وعبد الله بن سليمان، وياسر بن كمال، الرياض – السعودية ، دار الهجرة ، ط الأولى، ١٤٢٥هـ-٢٠٠٤م .

١٨٢.منصور، حسن حسن، المحيط في شرح مسائل الأحوال الشخصية، الإسكندرية – مصر، دار الجامعة الجديدة، ١٩٩٧م .

١٨٣.ـــــــــــ، الموسوعة القضائية في مسائل الأحوال الشخصية، الإسكندرية، مصر، دار الجامعة الجديدة ، (د.ت) .

١٨٤.ابن منظور، محمد بن مكرم، لسان العرب، بيروت – لبنان، دار صادر، ط١ ، (د.ت) .

١٨٥.المودودي ، أبو الأعلى ، مفاهيم إسلامية حول الدين والدولة ، جدة – السعودية، الدار السعودية، ١٤٠٥هـ-١٩٨٥م .

١٨٦.الموسوعة الفقهية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، ط٢، ١٤٠٤هـ-١٩٨٣م .

١٨٧.الموصلي: عبد الله بن محمود، الاختيار لتعليل المختار، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، أحمد برهوم، عبد اللطيف حرزالله، دمشق – سوريا، الرسالة العالمية، ط الأولى، ١٤٣٠هـ-٢٠٠٩م .

١٨٨.ابن نجيم ، زين الدين بن إبراهيم ، الأشباه والنظائر ، تحقيق : محمد الحافظ ، دمشق – سوريا ، دار الفكر ، ط١ ، ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م.

١٨٩. النملة، عبد الكريم بن علي، المهذب في علم أصول الفقه، الرياض، السعودية، مكتبة الرشد، ط١، ١٤٢٠هـ .

١٩٠.النميري، أبو زيد عمر بن شبة، تاريخ المدينة المنورة، تحقيق: علي دندل، ياسين بيان، بيروت – لبنان، دار الكتب العلمية، ١٤١٧هـ-١٩٩٦م .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

١٩١.النووي، أبو زكريا يحيى بن شرف، روضة الطالبين، تحقيق: عادل عبد الموجود، علي معوض، الرياض – السعودية، دار عالم الكتب، ١٤٢٣هـ-٢٠٠٣م .

١٩٢.ـــــــــــ، شرح النووي على صحيح مسلم ، بيروت – لبنان، دار إحياء التراث العربي، ط٢، ١٣٩٢هـ .

١٩٣.ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد، شرح فتح القدير، بيروت – لبنان، دار الفكر، ط٢ ، (د.ت) .

١٩٤.ـــــــــــ، شرح فتح القدير على الهداية، بيروت – لبنان، دار الكتب العلمية،ط الأولى، ١٤٢٤هـ-٢٠٠٣م .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

© Arabic Digital Library-Yarmouk University

ABSTRACT

Abumzeriq, Ahmad Abdallah Ahmad, Restraining Permissible and Obligatory Nature in the Personal Status Fiqh: Applicative Originative Study, Master Thesis, Yarmouk University, 2011 (Supervisor: Prof. Dr. Mohammad Faleh Motlaq Bani saleh)

The purpose of the present study is to demonstrate legality for a Muslim ruler to restrain permissible things, its obligatory effect, judgment of obeying a Muslim ruler in restraining issues, and effect of retraining on personal status issues.

To achieve this goal, the study demonstrated and analyzed the meaning of permissible, reviewed authorities powered to a Muslim ruler, defined the concept of restrained permissible, arguments of Fuqahaa regarding restraining permissible by a Muslim ruler, relationship between restraining permissible and other sharia rules, controls that should be considered by a Muslim ruler when restrain permissible, demonstration of the meaning of obligatory, judgment of obliging a Muslim ruler with a restrained permissible thing, and consequences would arise as a result of deviation from restrained permissible as ordered.

The researcher used in this study the inductive method to review sharia texts related to the right of a Muslim ruler to restrain a permissible thing, to screen arguments of the Fuqahaa and evidences they used to justify restraining permissible. Further, the deductive method to interpolate judgment of restraining permissible from the sharia texts was used in addition to the criticism method to compare and contrast conclusions and constructions of the Fuqahaa regarding the judgment of restraining permissible and obligatory in order to reach most plausible argument.

The study concluded that restraining permissible by a Muslim ruler is

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

legitimate, which should consider sharia controls and rules in the restrain, and that people should obey him in that regard, who shall be entitled to punish those deviate.

Keywords: (Restrain-Muslim Ruler, Obligation, Personal Status)

© Arabic Digital Library-Yarmouk University

© Arabic Digital Library - Yarmouk University